

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

N° 4. pluralismo jurídico

Víctor Bazán
Claudio Nash Rojas
-Editores académicos-



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Colección Textos de Jurisprudencia



Justicia constitucional y derechos fundamentales

Nº 4.

Pluralismo jurídico

Justicia constitucional y derechos fundamentales. N° 4. Pluralismo jurídico / Editores Víctor Bazán y Claudio Nash Rojas.—Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.

xiv, 228 páginas.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-441-3 (rústica)

ISBN: 978-958-738-442-0 (digital)

Historia constitucional – Colombia / Historia constitucional – América Latina / Derechos humanos – América Latina / Derechos civiles – América Latina / I. Bazán, Víctor, editor / II. Nash Rojas, Claudio, editor / III.

Título / IV. Serie.

342.861

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Febrero 03 de 2014

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Justicia constitucional y derechos fundamentales

Nº 4.

Pluralismo jurídico

Víctor Bazán y Claudio Nash Rojas

–Editores académicos–



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2014 Editorial Universidad del Rosario
© 2014 Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2014 Fundación Konrad Adenauer
© 2014 Gilbert Armijo, Víctor Bazán, Jesús M. Casal,
Alexei Julio Estrada, César Landa, Leonardo
Martins, Claudio Nash Rojas, Constanza
Nuñez, Aylín Ordóñez Reyna, Martín Riso
Ferrand, José Antonio Rivera S.

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501
Tel: 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19C-74, piso 2
Bogotá, Colombia
Tel.: +57 1 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: KAS|Formando Justicia en América Latina



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Primera edición: Bogotá D. C., febrero de 2014

ISBN: 978-958-738-441-3 (rústica)
ISBN: 978-958-738-442-0 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad
del Rosario
Corrección de estilo: Claudia Ríos
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes
Impresión: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser re-
producida sin el permiso previo por escrito de la Editorial
Universidad del Rosario y la Fundación Konrad Adenauer.

Contenido

Presentación.....	ix
<i>Christian Steiner</i>	

Prólogo	xi
<i>Víctor Bazán y Claudio Nash Rojas</i>	

PRIMERA PARTE PLURALISMO JURÍDICO

Los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional boliviano	3
<i>José Antonio Rivera S.</i>	

Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia.....	31
<i>Alexei Julio Estrada</i>	

La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos.....	61
<i>Claudio Nash Rojas</i>	

El pluralismo jurídico en América Latina. Algunas reflexiones	73
<i>Jesús M. Casal</i>	

SEGUNDA PARTE
INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA
RELEVANTE EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Dos casos complejos y relevantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia argentina	89
<i>Víctor Bazán</i>	
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos	105
<i>José Antonio Rivera S.</i>	
Evolução da jurisprudência do STF brasileiro no campo dos direitos fundamentais entre julho/2011 e junho/2012: “Report” das principais decisões, sua recepção e seus impactos políticos.....	119
<i>Leonardo Martins</i>	
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2011-2012) ...	143
<i>Claudio Nash, Constanza Núñez</i>	
Eficacia de la sentencia “Atala Riffo vs. Chile” en la jurisprudencia de terceros países: Recensión de la Sentencia n° 2012-05590 de 2 de mayo. Acción de inconstitucionalidad promovida por Y.C.F. contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social	163
<i>Gilbert Armijo</i>	
Actualidad de la justicia constitucional guatemalteca	171
<i>Aylín Ordóñez Reyna</i>	
<i>Corsi e ricorsi</i> de los derechos fundamentales en el Perú	191
<i>César Landa</i>	
Jurisprudencia constitucional uruguaya	207
<i>Martín Riso Ferrand</i>	
Poco espacio institucional para la justicia	217
<i>Jesús M. Casal</i>	

Presentación

Mientras el constitucionalismo tradicional y el constitucionalismo aspiracional pluralista sigan en narrativas paralelas y retándose mutuamente por la capacidad que detenten para responder al contexto y al momento histórico del continente; la reconfiguración, o al menos reinterpretación, de las constitucionales latinoamericanas resultará una misión imposible.

Algunas constituciones vigentes como la boliviana y la ecuatoriana representan esfuerzos sin precedentes para ajustar el marco normativo fundamental a las realidades socio-culturales de sus países, dado que, entre otras, han buscado dar cabida a exigencias históricas de los pueblos indígenas y comunidades originarias. Hoy por hoy tales esfuerzos son considerados por algunos como pura poesía constitucional que carece de opciones concretas para su implementación efectiva. Sin embargo, estos proyectos constituyentes, desde el giro paradigmático y complejo que las alimenta, desafían la institucionalidad clásica para probar lo contrario.

El Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer considera válidos ambos planteamientos constitucionales desde la convicción de que una constitución tiene que ser reflejo y proyección de la voluntad y del acuerdo político de una sociedad, respetando toda su pluralidad, su historia y sus aspiraciones. Sin perder de vista, por otro lado, que la norma de normas debería establecer las reglas básicas comunes de la sociedad y su Estado de una manera que permita su funcionamiento en la práctica, pues, de lo contrario, tal marco jurídico pierde fuerza normativa y, por tanto, prescinde de uno de los fines primordiales de cualquier constitución moderna.

América Latina se encuentra en un momento de redefinición. Este tiene que ser fruto de un diálogo entre lo clásico y lo “neo”, plural, aspiracional. En esta lógica, el Programa reunió en agosto de 2012 en Sucre, Bolivia, a dos de

los grupos de estudios cuyo trabajo de investigación e incidencia lleva apoyando desde hace varios años: el *Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica* (PRUJULA) y el *Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ambos están integrados por académicos y ejercientes del derecho de alto reconocimiento y prestigio en la región. El encuentro de —uno podría así decirlo— dos mundos del pensamiento jurídico partió de cuestionamientos profundos, pero igual supo construir puntos de convergencia. Como tal, el ejercicio integrador dilucidó los retos que conlleva una nueva lectura plural del constitucionalismo latinoamericano.

La presente obra recoge las reflexiones de los integrantes del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, quienes analizan el pluralismo jurídico a partir del encuentro en Bolivia. La misma es, ante todo, una invitación a los operadores jurídicos formados en el derecho tradicional para repensar dogmas e interpretaciones restrictivas de la realidad étnica-social del continente.

Es muy grato para el Programa observar que, a raíz del encuentro en Sucre, los integrantes de ambos grupos han mantenido un intercambio de ideas y pueden colaborar en la construcción de una realidad constitucional intercultural. Tal cooperación, aunque desde puntos de origen y posturas divergentes, en la búsqueda de conceptos y mecanismos que hagan posible unas sociedades y Estados plurales, demuestra la voluntad y capacidad de crear puentes para atravesar rupturas históricas y nuevas divisiones ideológicas.

Christian Steiner

Director

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Fundación Konrad Adenauer

Prólogo

– I –

Este libro, el cuarto de la serie, recoge los trabajos presentados en el marco del ‘IV Encuentro del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales’ del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (FKA), juntamente con el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

El evento, que tuvo la particularidad de concretar reuniones y otras actividades conjuntas de dicho Grupo con su par dedicado al estudio del “Pluralismo Jurídico en Latinoamérica” (PRUJULA), también perteneciente al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la FKA, se llevó a cabo en Sucre, Bolivia, entre el 6 y el 10 de agosto de 2012.

La práctica de labores compartidas con un grupo hermano, además de tareas individuales de cada uno de ellos, fue hondamente fructífera. En su marco se dictaron conferencias y se desarrollaron talleres prácticos en ámbitos universitarios, se celebraron reuniones con grupos de la sociedad civil, además, entre otras actividades, los miembros del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales tuvieron una extensa y muy provechosa sesión de trabajo con casi la totalidad de los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, generándose un diálogo y un intercambio de experiencias sumamente útiles y enriquecedores.

– II –

Sobre la base de la metodología de trabajo definida oportunamente, el presente libro se divide en dos partes.

1. El primer segmento se focalizará exclusivamente en el tema “El Pluralismo Jurídico” y constará de cuatro (4) aportes, según el siguiente detalle:
 - a. “Los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional boliviano”, de José Antonio Rivera S.
 - b. “Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia”, de Alexei Julio Estrada
 - c. “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, de Claudio Nash Rojas
 - d. “El pluralismo jurídico en América Latina. Algunas reflexiones”, de Jesús M. Casal

2. La segunda parte, titulada “Informes por países de jurisprudencia relevante en materias de justicia constitucional y derechos fundamentales (2011-2012)”, ofrecerá los siguientes nueve (9) trabajos, cuya secuencia se ordena alfabéticamente por el nombre del Estado correspondiente, es decir, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela¹:
 - a. “Dos casos complejos y relevantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia argentina”, por Víctor Bazán
 - b. “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos”, por José Antonio Rivera S.
 - c. “Evolução da jurisprudência do STF brasileiro no campo dos direitos fundamentais entre julho/2011 e junho/2012. ‘Report’ das principais decisões, sua recepção e seus impactos políticos”, por Leonardo Martins
 - d. “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2011-2012)”, por Claudio Nash y Constanza Núñez
 - e. “Eficacia de la sentencia ‘Atala Riffo vs. Chile’ en la jurisprudencia de terceros países: recensión de la sentencia n° 2012-05590 de 2

¹ Los textos de las sentencias referidas en los respectivos informes pueden compulsarse en la página web del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (<http://www.kas.de/rspla/es/>).

- de mayo. Acción de inconstitucionalidad promovida por Y.C.F., contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social”, por Gilbert Armijo
- f. “Actualidad de la justicia constitucional guatemalteca”, por Aylín Ordóñez Reyna
 - g. “*Corsi e ricorsi* de los derechos fundamentales en el Perú”, por César Landa
 - h. “Jurisprudencia constitucional uruguaya”, por Martín Risso Ferrand
 - i. “Poco espacio institucional para la justicia”, por Jesús M. Casal

– III –

Renovamos el sincero agradecimiento a los miembros del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por su activa e importante participación de la reunión en Sucre y por elaborar los trabajos que dan cuerpo a este libro.

De igual manera, dejamos testimonio de reconocimiento institucional al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la FKA y al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Un especial y agradecido mensaje al Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la FKA, Dr. Christian Steiner, y a su equipo, por el intenso compromiso que muestran a favor de la continuidad de este Grupo de Estudio, que se evidencia, por ejemplo, en la provechosa realización del v Encuentro del Grupo, en Antigua, Guatemala (7 a 12 de julio de 2013), que tuvo como tema convocante el de la “Protección de los derechos económicos, sociales y culturales”; y en la programación del subsiguiente Encuentro (el vi de la serie) en Colombia (2014).

– IV –

El cuarto ejemplar de la saga, que aquí presentamos, resulta muy significativo pues en su primer segmento aborda un tema de suma relevancia en el Estado Constitucional: *el pluralismo jurídico*, asunto rico, polifacético y complejo que plantea numerosísimos desafíos jurídicos, culturales, políticos, institucionales y científicos. También, porque su segunda parte continúa la línea discurrída desde el volumen inaugural de la colección, consistente en la presentación de informes jurisprudenciales y normativos de diversos países latinoamericanos

que ponen a disposición de los lectores valiosos aportes para contar con un retrato actualizado de la situación de la justicia constitucional y la protección de los derechos humanos en los espacios geográficos examinados.

La obra ha sido concebida para estar no solo al servicio de los ámbitos académicos y científicos, sino también como un vehículo de información que llegue al público en general y a los operadores jurídicos, culturales y políticos: defensores del pueblo, organizaciones no gubernamentales, abogados practicantes, jueces y magistrados, fiscales y defensores, otras autoridades públicas y estudiantes.

Esta publicación se propone aportar a un debate plural sobre temas cardinales del Estado Constitucional e impactar pragmáticamente en los distintos escenarios constitucionales latinoamericanos, en temas de singular relevancia como, *inter alia*, la independencia de la justicia constitucional, la existencia de vías procesales constitucionales idóneas para una cabal protección de los derechos fundamentales, el real fortalecimiento de la institucionalidad democrática, la generación de un diálogo jurídico sustentable de las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas entre sí y de ellas con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el afianzamiento de una imprescindible cultura constitucional y convencional.

Víctor Bazán y Claudio Nash Rojas
Editores académicos

PRIMERA PARTE
PLURALISMO JURÍDICO

Los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional boliviano

José Antonio Rivera S.*

I. Introducción

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. Así se caracteriza el nuevo modelo de Estado boliviano mediante la norma prevista por el artículo 1° de la Constitución, promulgada el 7 de febrero de 2009.

Esa caracterización del Estado es el resultado del nuevo diseño del sistema constitucional del Estado boliviano que, superando la histórica exclusión y marginación a las que fueron sometidos los pueblos indígenas originarios, sienta las bases constitucionales para construir una sociedad con inclusión a partir de la integración material de estos colectivos sociales a la estructura social, económica, política y cultural del Estado. Se trata de un cambio estructural que supone el gran reto de construir la unidad reconociendo la diversidad.

* Magister en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en varias universidades de Bolivia; presidente del Capítulo Boliviano del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

Para lograr el cometido de integrar materialmente a los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado, el constituyente ha sentado las bases jurídicas introduciendo en la Constitución un conjunto de normas que, reconociendo la existencia pre-Colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios y su dominio ancestral sobre sus territorios, garantizan su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, consagran sus derechos colectivos, reconocen, garantizan y resguardan su autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, además de constituir obligaciones positivas para el Estado.

Sin embargo, cabe advertir que, si bien están sentadas las bases jurídicas, éstas, por sí solas, no garantizan que se concrete realmente la integración material de los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, jurídica y política del Estado, pues para ello se requiere de un conjunto de condiciones, desde el cambio de actitudes y comportamientos políticos de los gobernantes y de la propia sociedad civil, hasta de condiciones de carácter infraestructural.

Habiendo transcurrido algunos años de vigencia de la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, resulta necesario realizar un análisis de la situación de los pueblos indígenas en el nuevo modelo de Estado boliviano. En ese cometido, en el presente trabajo se llevará a cabo un análisis descriptivo de la problemática indígena en Bolivia.

II. La situación de los pueblos indígenas originarios antes de la última reforma constitucional

Uno de los errores en los que incurrieron reiteradamente los líderes nacionales que fueron protagonistas en la creación del Estado y las reformas constitucionales, radica en la pretensión de construir una sociedad homogénea, cuando esencialmente fue y es heterogénea. Ello dio lugar a la exclusión y la marginación de los pueblos indígenas originarios, no solo de la estructura social del Estado, sino del sistema constitucional en sí, ocasionó también una lucha constante de estos colectivos sociales, exigiendo su integración al Estado boliviano, reconociendo su identidad cultural, sus derechos, usos y costumbres.

El constituyente que dio nacimiento al Estado boliviano en 1825 excluyó a los pueblos indígenas originarios que formaron parte del Alto Perú del sistema constitucional adoptado para el nuevo Estado, por lo mismo, de su

estructura social, económica y política. En las normas previstas por los artículos 1°, 2° y 7° de la Constitución no se proclamó la naturaleza plurinacional del Estado, pues las normas de referencia caracterizaron al Estado naciente así: “Artículo 1.- La Nación Boliviana es la reunión de todos los bolivianos”; es importante tener presente que si bien la norma hace referencia a todos los bolivianos, su *ratio legis* estuvo referida a los bolivianos como grupo homogéneo, sin reconocer la diversidad étnica y cultural. De otro lado, el artículo 2° de la referida Constitución determinó que “Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia”. Finalmente, el artículo 7° definió el régimen político de la siguiente forma: “Artículo 7°.- El Gobierno de Bolivia es popular representativo”. Como se podrá advertir, en ninguna de las normas glosadas se reconoció el carácter heterogéneo de la estructura social del nuevo Estado, por lo mismo no se reconoció a los pueblos indígenas originarios como parte de la estructura social, económica y política del Estado.

La no definición de la estructura social como heterogénea y la no inclusión de los pueblos indígenas originarios en el sistema constitucional del Estado no se debió a una involuntaria omisión, sino a una determinación de la oligarquía minero-feudal, como la nueva clase dominante, de excluirlos y marginarlos; decisión que tuvo una motivación no solamente ideológica sino económica; ya que, si bien nominalmente proclamó la libertad de todos los bolivianos y proscribió la esclavitud, económicamente jamás liberó a los indígenas originarios; por el contrario, los sometió a nuevas formas de explotación y servidumbre, a través del “pongueaje” y el “mitanaje”, incorporándolos a la producción minera o la agrícola.

La política de exclusión y marginación, además de la explotación económica, se mantuvo incólume durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX pues, a pesar del elevado número de reformas introducidas a la Constitución, no se logró superar, ya que en el orden económico se mantuvo la servidumbre, en el plano político también se mantuvo la exclusión con un sistema electoral organizado sobre la base del voto calificado y del voto censitario, y en el orden social no se reconoció a los pueblos indígenas originarios como parte constitutiva de la estructura social del Estado aquello que dé lugar a un reconocimiento de sus derechos colectivos, de sus derechos sociales, económicos y culturales, incluso de sus derechos civiles y políticos. Si bien es cierto que con la revolución de 1952 se eliminó la explotación económica

y la exclusión política, no es menos cierto que no se superó integralmente el problema; pues el sufragio universal, como medida para eliminar las exclusiones y marginaciones, se redujo solamente a su dimensión activa y no así a la dimensión pasiva, de manera que se les reconoció el derecho al voto pero no el derecho a ser elegidos. Pero además, al margen de haber adoptado la referida medida, no se crearon las condiciones materiales para superar esas exclusiones, razón por la que no se venció la visión patriarcal machista, que dio y aún da lugar a la discriminación de la mujer, tampoco se logró una inclusión material de los indígenas originarios en el sistema constitucional del Estado.

Ante la situación referida, en la reforma constitucional de 1994 se pretendió reparar esa injusticia histórica definiendo la estructura social del Estado como multiétnica y pluricultural. Ello significa que el Estado reconoció que en el territorio boliviano conviven, además de la institucionalidad formal de corte democrático occidental, diversas estructuras organizativas de la sociedad preindustrial y que tienen sus propias estructuras de mando, instrumentos de justicia, valores religiosos, etc.

Como se tiene referido en la obra *Constitución Política del Estado. Comentario Crítico*,¹ la condición de “multiétnica” es más completa y compleja que la de multirracial, pues no se limita a la constatación de diversos tipos humanos, sino que llega a recuperar la noción de que Bolivia es el producto del encuentro de múltiples raíces o matrices sociales y que, por lo mismo, supone la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores y creencias. La condición “pluricultural” permite reconocer la coexistencia y la retroalimentación que existe entre diversas cosmovisiones, ya no solo provenientes de las diversas matrices étnicas, sino también de las distintas migraciones y del encuentro entre unos y otros.

Si bien no se superaron integralmente los problemas de exclusión y marginación social y económica, la mencionada reforma constitucional constituyó un intento serio de establecer una política de inclusión, es decir, de una voluntad política del Estado para incorporar e integrar los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, política y jurídica del sistema

¹ Rivera Santiváñez, José Antonio; Jost, Stefan; Molina Rivero; Gonzalo y Cajías Velarde, Huascar, *Constitución Política del Estado. Comentario Crítico*, 3ª ed., Fundación Konrad Adenauer, La Paz, 2005, pp. 18-19.

constitucional del Estado boliviano, a partir del reconocimiento, protección y respeto de sus derechos económicos, sociales y culturales (lengua materna, costumbres y tradiciones) y sus autoridades naturales, sin desconocer su pasado, su historia y tradición; sin transculturizarlos. En suma, aceptándolos tal como son, reconociendo lo que fueron y proyectando, con respeto, lo que serán.

Precisamente, es sobre la base de la reforma constitucional que el legislador emitió la Ley de Participación Popular, la que estableció las bases y los mecanismos para una presencia real y efectiva de los pueblos indígenas originarios en la estructura social, económica y política del sistema constitucional boliviano, en el proceso de definición de las estrategias de desarrollo humano sostenible a través de la planificación participativa, así como el control social sobre el manejo de los recursos generados por el propio pueblo, y permitió una presencia real y efectiva de los indígenas originarios en las esferas de poder.

III. La situación de los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional del Estado

Para superar la exclusión y la marginación a la que fueron sometidos los pueblos indígenas originarios, en el último proceso constituyente encarado en Bolivia, se ha modificado el modelo de Estado para integrar materialmente al sistema constitucional a esos sectores sociales.

Por previsión del artículo 1º de la Constitución, Bolivia es un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Se trata de un modelo de organización política, social, económica y cultural muy particular, que tiene su base en la afirmación de lo plurinacional, la identidad cultural y la descolonización.

La caracterización prevista por la norma constitucional consigna los diferentes elementos que expresan la cualidad y la esencia del nuevo modelo de Estado.

Lo plurinacional supone que el Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originarios bajo una misma Constitución y gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

Por previsión del artículo 1° de la Constitución, el Estado Plurinacional de Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. Ello supone un cambio radical de la concepción de la sociedad boliviana; pues, a diferencia del pasado, ya no se concibe una sociedad homogénea monocultural, étnica y racial; al contrario, se parte del reconocimiento de una sociedad heterogénea, constituida por bolivianas y bolivianos que tienen diversas matrices y raíces raciales, étnicas y culturales; por lo tanto, el Estado se organiza y desarrolla sobre la base de la coexistencia de diversas visiones políticas e ideológicas, diferentes formas de organización económica, distintos sistemas jurídicos, diferentes expresiones e identidades culturales y diversos idiomas.

En consecuencia, el nuevo sistema constitucional del Estado configurado por la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 es de inclusión; pues sienta las bases institucionales para integrar materialmente a los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, financiera, jurídica y política del Estado.

Como una garantía de esa integración el Estado asegura a las naciones y pueblos indígenas originarios su libre determinación en el marco de la unidad nacional, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a la Constitución y las leyes; así lo dispone expresamente el artículo 2° de la Constitución.

Como manifestación de su integración plena a la estructura social del Estado, el artículo 3° de la Constitución proclama que “la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”. Más allá de lo redundante que pueda suponer el texto de la norma constitucional referida, implica que las naciones y pueblos indígenas originarios forman parte de la estructura social boliviana.

De otro lado, el Estado boliviano reconoce y declara como sus idiomas oficiales los de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, pues por mandato del artículo 5° de la Ley Fundamental constituyen idiomas oficiales del Estado los 36 idiomas nombrados por la norma constitucional; aunque habrá de señalarse que muchos de ellos no componen propiamente un idioma sino un dialecto. En coherencia con ese reconocimiento de los

idiomas, la norma prevista por el artículo 234.7) de la Constitución prevé que uno de los requisitos para ejercer la función pública es hablar cuando menos dos idiomas oficiales del Estado.

Para lograr la integración de los pueblos indígenas originarios, la Constitución, en su artículo 306 proclama que el modelo económico boliviano es plural y está constituido por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa; todas esas formas de organización económica gozarán de igualdad jurídica ante la ley, así lo define el artículo 311 de la Constitución. La organización económica comunitaria, por definición del artículo 307 de la Ley Fundamental, comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos; el Estado asume la obligación de reconocerla, respetarla, protegerla y promoverla.

En el orden político, en el marco del reconocimiento y la garantía a la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas originarios, como parte de la organización territorial del Estado, el artículo 269.I de la Constitución reconoce los territorios indígena originario campesinos como una unidad territorial; sobre cuya base se les confiere autonomía, la que consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias; así lo define el artículo 289 de la Constitución.

La conformación de la autonomía indígena originario campesina tiene su base en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos colectivos sociales, y en la voluntad ciudadana expresada en una consulta realizada de conformidad con lo previsto por la Constitución y la ley. El autogobierno de esas autonomías se ejercerá de acuerdo con sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley, así lo dispone el artículo 290 de la Constitución.

El artículo 304 de la Constitución, en su párrafo primero, les asigna las competencias exclusivas a las autonomías indígenas originarias; en su párrafo segundo les acuerda las competencias que ejercerán de manera compartida con el gobierno central del Estado, y en su párrafo tercero les fija las competencias que ejercerán de manera concurrente con el gobierno central del Estado.

De otro lado, para garantizar la inclusión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a las estructuras del gobierno central del Estado y los gobiernos autónomos de las entidades territoriales del departamento y el municipio, la Constitución introduce factores de ponderación positiva.

Para garantizar su participación en el espacio de debate democrático, como es la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la Constitución, en su artículo 146.VII prevé la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinas en aquellos departamentos en los que las naciones y pueblos indígenas originarios constituyan una minoría poblacional, a objeto de que elijan a su respectivo diputado. La Ley nº 26 del Régimen Electoral, en su artículo 57, crea siete circunscripciones especiales indígena originario campesinas: en el departamento de La Paz, una circunscripción especial para los pueblos mosetén, leco, kallawaya, tacana, araona y la comunidad afroboliviana; en el departamento de Santa Cruz, una circunscripción especial para los pueblos chiquitano, guaraní, guarayo, ayoreo y yuracaré-mojeño; en el departamento de Cochabamba, una circunscripción especial para los pueblos yuki y yuracaré; en el departamento de Oruro, una circunscripción especial para los pueblos chipaya y murato; en el departamento de Tarija, una circunscripción para los pueblos guaraní, weenayek y tapiete; en el departamento del Beni, una circunscripción para los pueblos tacana, pacahuara, itonama, joaquiniano, maropa, guarasugwe, mojeño, sirionó, baure, tsimane, movima, cayubaba, moré, cavineño, chácobo, canichana, mosetén y yuracaré; y en el departamento de Pando, una circunscripción para los pueblos yaminagua, pacahuara, esse eija, machinerí y tacana. Por previsión del artículo 61 de la Ley nº 26 del Régimen Electoral, en cada circunscripción especial se elegirá un diputado titular y un diputado suplente, por mayoría simple de votos; los candidatos serán postulados a través de las organizaciones de naciones o pueblos indígena originario campesinos o las organizaciones políticas, debidamente registradas ante el Órgano Electoral Plurinacional.

Para la integración del Tribunal Constitucional Plurinacional, la Constitución, en su artículo 197.I, prevé que las magistradas y los magistrados serán elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario. En coherencia con lo previsto por la norma constitucional referida, los artículos 199.II de la Constitución y 19.II de la Ley nº 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional disponen que “Las candidatas y candidatos al Tribunal Constitucional

Plurinacional también podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y de la sociedad civil en general”. Tomando en cuenta que, por previsión del artículo 182.II de la Ley Fundamental, aplicable al caso por disposición del artículo 198 del mismo cuerpo normativo, la Asamblea Legislativa Plurinacional es la que selecciona a los candidatos para magistrados y magistradas por dos tercios de sus miembros presentes y remite al Órgano Electoral Plurinacional, significa que habrán dos fuentes de postulación de los candidatos al cargo de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional y la de las organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

De otro lado, para la integración del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, el artículo 182.VI de la Constitución ha previsto que “Para la calificación de méritos [a los postulantes al cargo de magistrados o magistradas] se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia”, ello supone la asignación de una ponderación positiva a favor de aquellos juristas que, en su condición de integrantes de una nación o pueblo indígena originario, hubiesen desempeñado funciones en el sistema jurídico de ese colectivo humano. De otro lado, el artículo 20.III de la Ley n° 25 del Órgano Judicial prevé que la Asamblea Legislativa Plurinacional, en su labor de preselección y habilitación de candidatos a magistrados y magistradas al Tribunal Supremo de Justicia y al Tribunal Agroambiental, “en ambos casos se respetará la interculturalidad y equivalencia de género”. En el mismo sentido está previsto para la elección de los consejeros y consejeras del Consejo de la Magistratura.

Con relación a la integración del Tribunal Supremo Electoral, por previsión expresa del artículo 206.II de la Constitución, el Tribunal Supremo Electoral estará integrado por siete vocales, de los cuales al menos dos serán de origen indígena originario campesino. Los Tribunales Electorales Departamentales, por disposición del artículo 32.II de la Ley n° 18 del Órgano Electoral, estarán integrados por cinco (5) vocales, de los cuales al menos uno (1) será de una nación o pueblo indígena originario campesino del departamento. Las normas referidas garantizan la presencia de los representantes de las naciones y pueblos indígenas originarios en el Órgano Legislativo Plurinacional.

La Asamblea Legislativa del Gobierno Departamental Autónomo, por imperio del artículo 278.I de la Constitución, estará conformada por asam-

bleístas departamentales elegidos por votación popular y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus propios procedimientos y normas. Ello garantiza la presencia de estos colectivos humanos en el ejercicio del poder político departamental.

En lo que se refiere a la estructura del ordenamiento jurídico del Estado, la Constitución, en su artículo 1º, proclama el pluralismo jurídico como fundamento y base esencial del nuevo modelo de Estado; ello supone, de un lado, el reconocimiento, resguardo y respeto estatal de los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originarios y, de otro, la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos, tanto el estatal como aquellos sistemas creados por los colectivos humanos en un plano de igualdad, respeto y coordinación.

Cabe aclarar que no se trata de un solo sistema jurídico indígena originario, sino de diversos, pues cada nación o pueblo indígena originario cuenta con su sistema jurídico constituido por un conjunto de reglas, principios y valores que conforman el derecho consuetudinario, y por una jurisdicción propia que imparte justicia a través de sus autoridades naturales.

En el contexto antes referido, el artículo 178.I de la Constitución define que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios, entre otros, del pluralismo jurídico. De otro lado, el artículo 410 de la Constitución, al definir la estructura del ordenamiento jurídico del Estado y proclamar el principio de jerarquía normativa, incluye el derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígenas originarios, consignado en el nivel legislativo.

Con relación a la jurisdicción, como parte del sistema jurídico, el artículo 179.I de la Constitución, integra la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina a la estructura del Órgano Judicial, como una vía para la impartición de justicia, y la integra con igual jerarquía que la Jurisdicción Ordinaria.

Según la norma prevista por el artículo 190 de la Constitución la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina se ejerce por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, aplicando los principios, valores culturales, normas y procedimientos que forman parte de su derecho consuetudinario; tendrá como límite la vida y los derechos consagrados por la Constitución.

Respecto a la competencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en cuanto a las personas, según la norma prevista por el artículo 191.I.1)

de la Constitución y el artículo 9° de la Ley n° 73 de Deslinde Jurisdiccional, solo alcanza a los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Con relación al ámbito territorial, según la norma prevista por el artículo 191.II.3) de la Constitución y el artículo 11 de la Ley n° 73 de Deslinde Jurisdiccional, la competencia solo se abre para conocer y resolver los conflictos emergentes de las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de una nación o pueblo indígena originario campesino.

Respecto a la competencia por razón de la materia, la norma prevista por el artículo 191 de la Constitución remite a la Ley n° 73 de Deslinde Jurisdiccional su definición; la referida Ley en su artículo 10.II define aplicando el sistema de la exclusión, lo que significa que hace un listado de las materias que se excluyen de la competencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina. Esas materias excluidas son: a) en materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico, los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio, b) en materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario, c) en Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas y d) otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

La norma prevista por el artículo 192.III de la Constitución remite a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, la definición de los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Con relación a los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas originarios, en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Originarios, la Constitución, en su artículo 30.II, los consagra como una fuente de garantía para su goce pleno y ejercicio efectivo. De otro lado, el artículo 410 de la Constitución integra al bloque de constitucionalidad los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, lo que significa que los derechos humanos colectivos o de los pueblos consagrados por aquellos instrumentos internacionales quedan integrados al catálogo de los derechos previstos por la Constitución. Finalmente, por imperio del artículo 256.I de la Ley Fundamental del Estado, los tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos que declaren derechos más favorables a los consagrados por la Constitución serán aplicados de manera preferente frente a aquella.

IV. La Jurisdicción Constitucional con relación a los pueblos indígenas originarios

En la última reforma constitucional, el constituyente ha tomado la determinación de mantener el modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad con algunos resabios del modelo americano, encomendando la labor del control normativo de constitucionalidad al Tribunal Constitucional Plurinacional.

Según las normas previstas por el artículo 179.III de la Constitución, la justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional; el que por mandato del artículo 196, velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad y precautelarará el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

Es importante señalar que el constituyente ha denominado al órgano de control de constitucionalidad como Tribunal Constitucional Plurinacional, en razón del nuevo modelo de Estado, el que, según la norma prevista por el artículo 1° de la Constitución en vigencia, es un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario; una caracterización, en la que lo plurinacional hace a su cualidad social, étnica y cultural.

Siendo ese el modelo de Estado, es indudable que el órgano de control de constitucionalidad tiene que reflejar la nueva forma de organización del Estado, lo que supone que, más allá de una mera y formal denominación, la

estructura institucional y orgánica del órgano de control de constitucionalidad tiene que reflejar esa pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica.

De manera que el Tribunal Constitucional Plurinacional ejercerá el control de constitucionalidad sobre los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades públicas del Estado Plurinacional, así como sobre el sistema jurídico del Estado, y los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En efecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá, entre otras, las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto; los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

1. Consultas de las Autoridades Indígenas Originario Campesinas

Por previsión del artículo 202.8) de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene la atribución de conocer y resolver “Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto”.

La mencionada consulta se puede caracterizar como un proceso constitucional a través del cual se someten a control preventivo de constitucionalidad las normas del derecho consuetudinario de una nación o pueblo indígena originario campesino aplicables a un caso concreto, para verificar su compatibilidad con la Constitución, antes de que se aplique al caso concreto.

La finalidad que persigue la consulta mencionada es someter a control de constitucionalidad las normas y reglas del derecho consuetudinario de una determinada nación y pueblo indígena originario aplicables a un caso concreto, cuando estas generen una duda razonable sobre su compatibilidad con la Constitución, o cuya aplicación podría vulnerar los derechos fundamentales y garantías constitucionales; ello en razón de que, por previsión del artículo 190.II de la Constitución, la aplicación del sistema jurídico y el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria tienen su límite en la Constitución y los derechos humanos.

Al sustanciar la consulta el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su Sala Especializada, conformada por magistrados que deben provenir del sistema jurídico indígena originario campesino, someterá a juicio de constitucionalidad las normas y reglas del derecho consuetudinario que motivan la

consulta, para contrastarlas con las normas de la Constitución, así como con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Este proceso constitucional de control preventivo procede en todos aquellos casos en los que las autoridades de una nación o pueblo indígena originario tengan duda razonable sobre la constitucionalidad de las normas y reglas de su derecho consuetudinario aplicables a un caso concreto.

La consulta se sustanciará ante el Tribunal Constitucional Plurinacional conforme a las normas previstas por los artículos 137 al 140 de la Ley n° 27.

2. Conflictos de competencia entre la Jurisdicción Indígena Originaria y la Jurisdicción Ordinaria y Agroambiental

Por previsión del artículo 202.11) de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la competencia de conocer y resolver “Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental”.

Esta modalidad de conflictos se refiere a aquellos que surgen entre la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina y la Jurisdicción Ordinaria o la Jurisdicción Agroambiental respecto al conocimiento o resolución de una determinada causa.

Dicho desde otra perspectiva se trata del conflicto que se genera porque una de las jurisdicciones involucradas toma conocimiento de una causa que, conforme a las competencias y atribuciones asignadas por la Constitución y las leyes, corresponde ser conocida y resuelta por la otra jurisdicción.

La acción de conflictos de competencias, para el supuesto de los conflictos entre la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina y la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental, según las normas previstas por la Ley n° 27 procede en dos supuestos.

El primero, para aquellos casos en los que “la autoridad de la jurisdicción ordinaria o agroambiental se declare competente o incompetente para determinado caso o fuese cuestionada su competencia por una o ambas partes”. En este supuesto la norma prevista por el artículo 124.II está redactada de manera defectuosa, toda vez que señala que se activa la acción cuando la autoridad se declare competente o incompetente o fuese cuestionada su competencia; lo que aparentemente da la posibilidad de activar la acción en dos supuestos, cuando la autoridad judicial se declare competente o incompetente, pura y

simplemente, o cuando las partes cuestionan la competencia de la autoridad judicial. La norma prevista por la disposición legal citada debe ser entendida en el sentido de que la acción procede en aquellos casos en los que una autoridad de la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental se declara competente o incompetente para conocer y resolver una determinada causa y alguna de las partes que intervienen en el proceso cuestiona esa decisión de la autoridad; así, por ejemplo, si la autoridad judicial se declara competente, una de las partes la considera incompetente porque en su criterio, el conocimiento y la resolución del caso son de competencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, o cuando la autoridad se declara incompetente, la parte que interviene en el proceso la considera competente. Entonces, en esos supuestos se produce un conflicto de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

El segundo, cuando la autoridad de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina considera que un asunto que se viene tramitando ante la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental es de su competencia, en cuyo caso se presenta ante la respectiva autoridad judicial incompetente para suscitar el conflicto de competencias. En este supuesto también la norma legal está defectuosamente redactada, toda vez que prevé que “la autoridad indígena originaria campesina en todos los casos podrá presentarse ante el juez de la jurisdicción ordinaria o agroambiental que conozca la causa, para plantear el conflicto de competencias en forma oral o escrita”; según la norma glosada pareciera que la acción se planteará ante la autoridad judicial incompetente.

La acción se sustancia ante el Tribunal Constitucional Plurinacional conforme a las normas previstas por los artículos 124 al 126 de la Ley n° 27.

3. Los retos para la Jurisdicción Constitucional

El reconocimiento del pluralismo jurídico como base y fundamento del Estado Plurinacional de Bolivia y el reconocimiento estatal de los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originarios generan grandes retos para la Jurisdicción Constitucional;² ello tomando en cuenta que tiene la

² Cabe aclarar que, en el modelo de control de constitucionalidad adoptado por el constituyente, la Jurisdicción Constitucional está integrada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, así como por los Tribunales y Jueces de Garantías Constitucionales, estos últimos ejercen el control de constitucionalidad en el ámbito tutelar de los derechos fundamentales, conociendo y resolviendo las acciones de defensa o

misión de defender la Constitución y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

El primer reto que tiene la Jurisdicción Constitucional es el de preservar y resguardar los mandatos de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, para materializar la integración de los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económica, jurídica y política del Estado; en especial de aquellos mandatos que constituyen obligaciones positivas que deben ser cumplidas estrictamente por el Estado. Ello supone desarrollar una labor para dar fuerza normativa a la Constitución.

Otro reto es el de resguardar y proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios consagrados por la Constitución, así como por los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo debe resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas que integran los pueblos indígenas originarios, armonizando esos derechos con los derechos e intereses colectivos.

Pero el reto principal para la Jurisdicción Constitucional es cambiar su concepción de la interpretación constitucional y los métodos tradicionales empleados para la labor hermenéutica, pues deberá interpretar la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad en el marco del pluralismo jurídico y la interculturalidad, aplicando los principios y criterios de interpretación de los derechos humanos, en contrapartida a los métodos y principios utilizados en la interpretación de la legislación ordinaria.

V. Los desafíos y retos del Estado Plurinacional de Bolivia

Sin duda alguna, la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 presenta un buen diseño constitucional para lograr la integración material de los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado boliviano.

Sin embargo, la implementación de ese diseño constitucional plantea grandes desafíos y retos que deben ser enfrentados por el Estado boliviano para evitar que se conviertan únicamente en actos simbólicos de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas originarios o, en contrapartida, que

acciones tutelares como la acción de libertad, la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular, esta última para proteger los derechos e intereses colectivos.

la exacerbación en cuanto a la aplicación de los sistemas jurídicos no estatales dé lugar a que se vulneren los derechos fundamentales y se infrinjan los valores supremos y principios fundamentales proclamados por la Constitución.

En ese orden de ideas, a manera enunciativa no limitativa, se pueden identificar los siguientes desafíos:

Uno es desarrollar un sistema plural que tenga su base en el respeto y el resguardo de la dignidad humana y en el que paulatinamente se vayan sentando las bases del respeto a la cultura, la cosmovisión y el sistema jurídico de los pueblos indígenas originarios. Ello obliga al Estado a desplegar acciones sostenidas tendientes a transformar el sistema homogéneo, que se había construido con exclusión y marginación de estos, para convertirse en un sistema heterogéneo que reconozca otros elementos culturales. Esas acciones tendrán que abarcar básicamente los siguientes ámbitos:

- 1º El ámbito legislativo con acciones sostenidas orientadas a transformar todo el entramado legislativo del Estado, para modificar la configuración actual que tiene su base en el pensamiento liberal que sustenta la libertad individual frente al Estado y la igualdad formal ante la ley, así como para sustituir por una que tenga su base en la concepción de la justicia y de cooperación fraterna que reconozca la identidad cultural de los pueblos indígenas originarios y sus derechos colectivos; adoptando disposiciones legales que contemplen la diversidad cultural.
- 2º El ámbito judicial, ya que este, como uno de los pilares básicos del régimen democrático, tiene que cumplir un papel preponderante no solo en el tratamiento de los pueblos indígenas originarios con respeto y resguardo de sus derechos colectivos, sino en la construcción de un discurso basado en la no discriminación y en la tolerancia. Para lograr esos resultados es necesario desplegar acciones de concientización especialmente en los jueces constitucionales, para sensibilizarlos sobre la importancia del respeto a la pluralidad y el pluralismo, de manera que los jueces constitucionales den concreción al pluralismo cultural y al pluralismo jurídico a través de una interpretación de la Constitución con la técnica de la ponderación, haciendo que primen los principios frente a las reglas, que resguarden y protejan los derechos

económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios.

- 3° El ámbito académico, para generar una doctrina constitucional sólida que explique los nuevos derechos que se consagran en el catálogo de la Constitución, la nueva estructura social, jurídica, política y económica del Estado Plurinacional de Bolivia, y que desarrollen procedimientos nuevos que garanticen el respeto a las culturas y a los individuos y el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios.

Un segundo desafío es la construcción de una estructura jurídica que garantice el pleno respeto a los sistemas jurídicos que coexisten en el Estado, tanto el sistema jurídico estatal como los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originarios; lo que exige del Estado las siguientes acciones: primero, reconocer, respetar y promover los procesos de construcción y ejercicio de la autonomía de las naciones y pueblos indígenas originarios, específicamente en el ejercicio de su sistema jurídico, que comprende el ámbito normativo, con su derecho consuetudinario y el ámbito jurisdiccional, con su jurisdicción originaria, en igualdad de condiciones con el sistema estatal. En segundo lugar, definir y crear, a través de la legislación orgánica, sistemas de coordinación y cooperación entre el sistema jurídico estatal y los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originarios; además de una vía de solución de los eventuales conflictos de competencia que podrían generarse entre la jurisdicción estatal con la jurisdicción indígena ordinaria; de manera que se eviten las interferencias o los bloqueos entre los sistemas jurídicos que coexisten en el Estado.

Un tercer desafío estriba en generar una conciencia en las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originarios para que en la aplicación de su sistema jurídico respeten y resguarden tanto los valores y principios sobre los que se configura su sistema jurídico, cuanto los valores y principios generales sobre los que se configura el sistema constitucional del Estado y que están proclamados explícita o implícitamente en la Constitución; para evitar así que el uso exacerbado de su sistema jurídico infrinja la Constitución y vulnere derechos humanos, que genera un descrédito del sistema y un afianzamiento de las tesis contrarias al pluralismo jurídico. No debe olvidarse que siempre existe el peligro de que bajo el pretexto de la identidad cultural

se justifiquen normas y acciones que en realidad no tienen nada que ver con las tradiciones de los pueblos indígenas originarios.³

Un cuarto desafío consiste en que el Estado despliegue acciones orientadas a alcanzar la no conflictividad y desincentivar la desconfianza que surge de los sectores sociales no indígenas a la aplicación del sistema jurídico de las naciones y pueblos indígenas originarios, debido a planteamientos maximalistas que surgen de algunos sectores sociales originarios para una aplicación general de su sistema jurídico. En ese cometido es importante que el Estado tome en cuenta que existen sectores sociales no indígenas que se resisten a admitir la existencia, en un pie de igualdad de derechos que, con distintas fuentes, son equiparables en términos de legitimidad y legalidad. También es importante tener en cuenta que existe, en determinados sectores que detentan poder político y económico, la falta de voluntad política encaminada a admitir y construir un genuino pluralismo estatal, lo que puede obstaculizar el proceso de implementación del pluralismo jurídico y dilatar la obtención de resultados en el corto y el mediano plazo.

Un quinto desafío es que deben desplegarse acciones para adecuar y compatibilizar las posibles sanciones con los estándares mínimos internacionales reconocidos en materia de derechos humanos, ello para fortalecer la confianza hacia el sistema jurídico indígena originario y evitar posibles conflictos en la aplicación de este, cuidando que ello no desnaturalice el derecho consuetudinario ni afecte la autonomía de las naciones y pueblos indígenas originarios. Es importante tomar en cuenta que lo que en ese sistema jurídico se considera una sanción apropiada que le permite al infractor la reintegración en su comunidad puede ser visto como un trato inhumano o incluso como tortura según los estándares mínimos internacionales que maneja el Estado y ello podría generar conflictos; en contrapartida, a un indígena le puede parecer inaceptable ser excluido de su comunidad en el contexto de una pena de prisión aplicada en el sistema jurídico estatal.

³ Sobre el tema son muy ilustrativas las conductas asumidas por algunos colectivos sociales en Bolivia, que han procedido al linchamiento invocando una supuesta justicia comunitaria; se trata de acciones delictivas que no tienen relación alguna con el sistema jurídico de los pueblos indígenas originarios, toda vez que estos sistemas son respetuosos del derecho a la vida y no admiten la aplicación de la pena de muerte, menos con la crueldad con que se ha procedido a quitar la vida de personas acusadas de haber cometido un delito en la comunidad, linchándolas.

VI. El duro contraste entre la teoría y la realidad

El buen diseño constitucional descrito en líneas anteriores enfrenta un duro contraste con la realidad, debido a las conductas políticas impropias asumidas por el gobierno nacional frente a los pueblos indígenas originarios de las tierras bajas, como es el caso de aquellos que habitan el Territorio Indígena del Parque Nacional Isiboro Sécore —TIPNIS—.

Sucede que el gobierno nacional tomó la determinación administrativa de construir la carretera Cochabamba-Trinidad, cuyo segundo tramo entre Villa Tunari y San Ignacio de Moxos atraviesa el Territorio Indígena del Parque Nacional Isiboro Sécore —TIPNIS— ubicado entre los departamentos de Cochabamba y el Beni, en el que están asentados los pueblos indígenas originarios amazónicos yuracarés, trinitarios y chimanes; territorio que tiene una doble categoría, la de parque nacional⁴ y la de territorio indígena; por lo tanto, se trata de un territorio protegido.⁵

Con el financiamiento del gobierno de Brasil, la construcción de la obra fue adjudicada a la Empresa Brasileira OAS, habiéndose suscrito el contrato el 8 de abril de 2008 e iniciado las obras en los tramos I y II el 3 de junio de 2011.

La construcción de la carretera que atraviesa el TIPNIS pone en amenaza de violación los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios yuracarés, trinitarios y chimanes, consagrados por el artículo 30.II de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, concretamente sus derechos a existir libremente, a la territorialidad y a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; así lo han determinado estudios técnicos especializados, entre ellos el realizado por un grupo de expertos de la Universidad Mayor de San Simón.⁶

⁴ El Parque Nacional Isiboro Sécore (PNIS) es creado por el Decreto Ley n° 7401 el 22 de noviembre de 1965.

⁵ El 24 de septiembre de 1990 pasa a ser reconocido como territorio indígena mediante el Decreto n° 22610 y recibe la denominación de TIPNIS. En 1997, por Resolución Administrativa del INRA se consolida de manera legal la propiedad colectiva del territorio bajo la figura de Tierra Comunitaria de Origen (TCO) y se delimita la “línea roja” (línea que delimita la zona de amortiguamiento, por tanto, la entrada de colonos por encima de esta línea). El 13 de junio del 2009 el gobierno entrega el Título Ejecutorial del TIPNIS a la sub-central TIPNIS por 1.091.656 hectáreas y la zona colona dentro el área protegida queda limitada a 124.000 hectáreas.

⁶ Documento que fue elaborado por expertos de la Universidad Mayor de San Simón de

Los posibles impactos de la carretera, según el estudio referido son:

1. En el paisaje regional Sub Andino de Mosetenes, según la Evaluación Ambiental Estratégica:
 - Ecosistemas y biodiversidad: Pérdida y degradación del bosque sub andino yungueño; pérdida irreversible de especies características, claves, críticas y valiosas de fauna y flora, degradación y pérdida de las comunidades biológicas yungueñas del sub andino, pérdida de recursos naturales derivados de la biodiversidad, invasión de especies exóticas y plagas, capacidad de respuesta y adaptación frente al cambio climático menoscabadas y perturbadas, pérdida de las relaciones espaciales y funcionales entre los ecosistemas del sub andino.
 - Aguas y suelos: Desequilibrios y perturbaciones graves en los flujos hídricos (superficial y subterráneo) aguas abajo, hacia el Piedemonte y Beni Sur, aumento de la erosión en laderas montañosas, con sobrecarga de sedimentos hacia los paisajes del Piedemonte y Beni Sur, desertización climática regional por pérdida o disminución de cobertura vegetal captadora de precipitaciones en montaña.
 - Manejo de recursos: Desculturización, desestructuración y extinción de grupos indígenas itinerantes en el sub andino; explotación forestal no regulada y no sostenible; cacería no regulada.
2. En el paisaje regional de Alto Sécore, según la Evaluación Ambiental Estratégica:
 - Ecosistemas y biodiversidad: Pérdida y degradación de bosques y ecosistemas amazónicos con alta representatividad biogeográfica y alto valor de conservación; pérdida de especies de flora y fauna representativas (endémica) o amenazadas.
 - Aguas y suelos: Pérdida significativa de la capacidad de adaptación hidrológica a los efectos de cambios climáticos, perturbación y cambios irreversibles en los regímenes naturales adaptativos de drenaje, carga/descarga de acuíferos e inundaciones, cortes o

desvíos artificiales de cauces fluviales, disminución de caudales hídricos superficiales y subterráneos, aumento excesivo de la evaporación de las tierras por aumento de la insolación: desertificación antrópicamente inducida; cambios extraordinarios del curso de cauces fluviales y subterráneos; contaminación bacteriana y orgánica de las aguas con propagación y proliferación de enfermedades como cólera, paratifoidea y gastroenteritis; contaminación química de las aguas con precursores de la cocaína, pesticidas, abonos químicos, combustibles, aceites, productos industriales, etc.; disminución o pérdida de la productividad natural de las aguas, con merma importante de la producción piscícola.

- Manejo de recursos: Proliferación poco o nada planificada de nuevos asentamientos humanos, probabilidad de brotes de enfermedades como la fiebre hemorrágica, el hantavirus, la leptospirosis, de los que aún no se conocen los reservorios naturales y que han estado tradicionalmente contenidas por la poca intervención del área; deforestación no controlable. Igualmente, explotación forestal no regulada, aumento de la cacería y la pesca no reguladas, aumento de cultivos no sostenibles con proliferación acentuada del cultivo de coca, intensificación de la red de caminos viales locales, proliferación de incendios; prospección y explotación de hidrocarburos.
3. En el paisaje regional del Beni Sur, según la Evaluación Ambiental Estratégica:
- Ecosistemas y biodiversidad: Pérdida, desestructuración o disminución de ecosistemas de sabanas de interés prioritario para la conservación, pérdida o disminución de especies de fauna y flora, disminución de la capacidad de respuesta frente al cambio climático; perturbación de las relaciones espaciales y funcionales entre ecosistemas.
 - Aguas y suelos: Perturbación de las funciones hidrológicas regionales con aumento del riesgo hidrológico y menoscabo de la función de reservorio y distribución superficial de aguas, aumento de los procesos de colmatación de cuerpos de agua por incremento del arrastre de sedimentos en suspensión debido a la erosión y la deforestación aguas arriba en el piedemonte y sub andino, mayor

variabilidad horizontal y cambios laterales más imprevisibles de los cauces fluviales, alteraciones en los caudales hídricos promedio de los ríos y arroyos con importación desde aguas arriba de contaminantes bacterianos y químicos.

- Manejo de recursos: Pérdida progresiva de identidad cultural y de la memoria colectiva para los hábitos tradicionales adaptativos de manejo de los recursos naturales, pérdida de recursos madereros de los bosques aluviales ribereños por incursión de explotadores forestales piratas procedentes del sub andino y de las nuevas zonas de colonización, importación desde el piedemonte de malas prácticas de manejo y uso de recursos naturales, aumento de incursiones de cacería y pesca no sostenibles ni de subsistencia; aumento de cultivos de coca en los bosques aluviales ribereños.

Con referencia a posibles pérdidas producidas por la carretera, según cálculos del ingeniero forestal Federico Bascopé,⁷ la construcción de una carretera a través del TIPNIS implicaría 1.500 km² de desmonte y, en los siguientes años, la incursión de los colonos supondría la destrucción adicional de 6.000 km² de bosques; haciendo un total de 750 mil hectáreas afectadas. Es decir, que el 70% de la superficie boscosa de este parque natural (1.090.000 hectáreas), cuya vocación es esencialmente forestal, se vería destruida y, con ello, su gran riqueza biológica y natural que es patrimonio de todos los bolivianos. Datos más conservadores (ej. Fleck *et al.*, 2006) demuestran que siempre que existe la apertura de caminos, a corto plazo (cinco años) se deforesta entre dos y doce km a ambos lados del camino. Esto significaría que un total de entre 120 y 720 km² (12.000 a 72.000 hectáreas, respectivamente) sería deforestado en el corto plazo. No existen estimaciones a largo plazo, ya que el verdadero efecto de la apertura de caminos en áreas protegidas se ve recién entre los 30 y 50 años de construido el camino.

La decisión del gobierno nacional fue adoptada sin realizar la consulta previa a los pueblos indígenas originarios cuyos derechos serán afectados con la construcción de la carretera. Ante el reclamo planteado por las autoridades naturales de esos colectivos sociales, el Presidente del Estado ha afirmado

⁷ Includido en el Informe elaborado por los expertos de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, en: <http://www.la-razon.com>, consultado en septiembre 2011.

que “la carretera se construirá pese a quien le pese”, motivando con ello que las autoridades juntamente a los delegados comunales, indígenas varones y mujeres, junto a sus hijos, realicen la “8ª Marcha Indígena por la Defensa del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore, por los Territorios, la Vida, la Dignidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas del Oriente, Chaco y Amazonia Boliviana”; la marcha se inició el 15 de agosto de 2011 desde Trinidad, Beni, y arribó a la ciudad de La Paz (Sede de gobierno) el día 19 de octubre de 2011.

La marcha tuvo graves obstáculos por la acción de hecho de sectores sociales afines al gobierno nacional; así, del 1 al 23 de septiembre de 2011 colonizadores, autodenominados “interculturales”, bloquean el puente de San Lorenzo con el propósito de evitar el paso de la columna indígena, con ello impiden avanzar la marcha, pero algo más grave, acceder a fuentes de agua para el consumo de los marchistas. El día 25 de septiembre de 2011, fuerzas policiales intervienen la marcha reprimiendo duramente a los marchistas, dispersándolos con el uso de gases lacrimógenos, procediendo a la detención de los dirigentes y agredidos, a una dirigente la arrastraron por el suelo, le taparon la boca con cinta adhesiva que se utiliza para embalajes; a todos los detenidos los trasladaron en vehículos hasta la ciudad de San Borja, Beni, con la pretensión de trasladarlos hasta La Paz en avionetas de la Fuerza Aérea, intento que quedó frustrado por la oposición de los pobladores de San Borja. El día 1 de octubre reanudan la marcha los indígenas.

Al arribo de los marchistas a la sede de gobierno y ante el respaldo popular, el Presidente del Estado remitió a la Asamblea Legislativa Plurinacional un Proyecto de Ley para que se declare intangible el TIPNIS; mismo que fue sancionado y promulgado como Ley n° 180, declarando el territorio patrimonio sociocultural y natural, zona de preservación ecológica, reproducción histórica y hábitat de los pueblos indígenas chimán, yuracaré y mojeño-trinitario, cuya protección y conservación son de interés primordial del Estado Plurinacional de Bolivia, adicionalmente zona intangible, y se dispuso que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, como cualquier otra, no atravesará el TIPNIS.⁸

⁸ Adicionalmente la referida ley dispuso, dado el carácter intangible del TIPNIS, medidas legales correspondientes que permitan revertir, anular o dejar sin efecto los actos que contravengan a esta naturaleza jurídica; finalmente declaró que los asentamientos y ocupaciones de hecho promovidos o

Ante los resultados de la 8ª Marcha Indígena, un grupo de indígenas de tierras bajas que son parte del TIPNIS y los colonizadores que se encuentran asentados fuera de dicho territorio, apoyados por los campesinos de Cochabamba⁹ y dirigentes de transportistas,¹⁰ todos promovidos y apoyados por el gobierno nacional y el gobierno departamental de Cochabamba, protagonizaron la Marcha del Consejo Indígena del Sur (Conisur), demandando la construcción de la carretera por el TIPNIS y la abrogación de la Ley n° 180. La marcha se inició en la Población de Isinuta, Provincia Chapare del departamento de Cochabamba, el 20 de diciembre de 2011 y arribó a la ciudad de La Paz el 31 de enero de 2012.

La marcha Indígena del CONISUR logró que se emitiera la Ley n° 222 de Consulta a los Pueblos Indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore —TIPNIS—, por el que se convocó a una consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas del TIPNIS, definiendo que el objetivo de la consulta es lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional de Bolivia y los pueblos indígena originario campesinos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré sobre los siguientes asuntos: a) definir si el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore —TIPNIS— debe ser zona intangible¹¹ o no para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, así como la construcción de la Carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos y b) establecer las medidas de salvaguarda para la protección del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore —TIPNIS—, así como las destinadas a la prohibición y el desalojo inmediato de asentamientos ilegales respetando la línea demarcatoria del TIPNIS.

protagonizados por personas ajenas a los titulares del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore —TIPNIS— son ilegales y serán pasibles de desalojo con intervención de la fuerza pública si fuera necesario a requerimiento de autoridad administrativa o judicial competente.

⁹ El Secretario General de la Federación de Campesinos de Cochabamba, Jorge Castellón, justificó la presencia de su sector en la marcha indicando que es necesaria la construcción de la carretera “para sacar nuestros productos”, ante la pregunta de los periodistas dijo que su sector produce “arroz, plátano, yuca, coca, entre otros”.

¹⁰ El dirigente de la Federación del Transporte Libre del Trópico de Cochabamba, Daniel Choquerive, justificó la presencia de su sector en la marcha con el argumento de que la suspensión de la construcción de la carretera por el TIPNIS “a los transportistas perjudica”.

¹¹ Recuérdese que el Territorio del TIPNIS fue declarado zona intangible mediante la Ley n° 180, emitida como respuesta a la demanda de la 8ª Marcha Indígena, protagonizada por los pueblos indígenas originarios yuracaré, chimanes y trinitarios.

Como se podrá advertir, la consulta convocada no es previa; pues el Estado ya tomó la determinación sobre las medidas objeto de la consulta; así, con relación a la declaratoria de Zona Intangible del Territorio del TIPNIS, la decisión ya fue adoptada mediante la Ley n° 180 y respecto a la construcción de la carretera, esta ya fue adoptada anteriormente, al grado que el año 2008 se suscribió el contrato para la ejecución de la obra y el 3 de junio de 2011 se iniciaron las obras.

Ante la emisión de la Ley n° 222, los pueblos indígenas originarios yuracarés, trinitarios y chimanes tomaron la decisión de realizar la 9ª Marcha Indígena que partió el día 27 de abril de 2012 desde la ciudad de Trinidad con rumbo a la ciudad de La Paz, demandando la anulación de la Ley n° 222 y que se respete la Ley n° 180. Enfrentando las inclemencias del tiempo y hostigamientos de organizaciones sociales, dirigentes de organizaciones sociales afines al gobierno, los marchistas arribaron a la sede de gobierno el día 27 de junio de 2012; el gobierno nacional se rehusó a dialogar con los marchistas.

La Ley n° 222 fue impugnada mediante acción de inconstitucionalidad abstracta por diputados de la oposición¹² y la Ley n° 180 lo fue por diputados oficialistas¹³ por vía de acción de inconstitucionalidad abstracta. Al haberse acumulado ambos expedientes por conexidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha resuelto ambas acciones mediante la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 300/12, de 28 de junio, en el siguiente sentido: a) declarando improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta con relación a la Ley n° 180, argumentando que la vigencia de la misma está condicionada a los resultados de la consulta convocada mediante la Ley n° 222, con lo que, en la práctica, anula dicha ley dejándola subordinada a esta última, b) declara la constitucionalidad del artículo 1º, referido a la convocatoria y el artículo 7º de la Ley n° 22, c) declara la constitucionalidad condicionada del artículo 1º en cuanto a la frase “y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos” y de los artículos 3º, 4º inc. a), 6º y 9º de la Ley n° 222, condicionada a su concertación, observando los razonamientos de la sentencia, d) declara improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta respecto al artículo

¹² Los diputados Fabián H Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga, militantes del Movimiento Sin Miedo, liderado por Juan del Granado.

¹³ Los diputados Miguel Ángel Ruiz Morales y Zonia Guardia Melgar, militantes del Movimiento Al Socialismo (MAS), liderado por el Presidente Evo Morales Ayma.

8° de la Ley n° 222 y e) finalmente emite exhortaciones al Órgano Legislativo y al Órgano Ejecutivo para que faciliten el diálogo para lograr la concertación.

Para sustentar su decisión de declarar la constitucionalidad de la convocatoria a la consulta posterior a la determinación legislativa y administrativa adoptada por el Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional expone como argumento el hecho de que se subsana la omisión de la consulta previa para hacer efectivo, aunque sea tardía la consulta, el derecho colectivo a la consulta que tienen los pueblos indígenas originarios, y que se debe tomar

[...] en cuenta que aunque existan actos y medidas legales y administrativas que pudieran afectar a los territorios de los pueblos indígenas, no es menos cierto que la obligación por parte del Estado no desaparece, es más, la consulta es aún más necesaria, debido a que efectivamente existiría una vulneración al derecho de los pueblos indígenas respecto a su territorio y al mismo derecho de la consulta [...] lo contrario llevaría al razonamiento erróneo de creer que una vez materializados los proyectos de desarrollo, o la explotación de recursos naturales no renovables dentro de un territorio indígena, sin el consentimiento previo de éstos, serían actos irremediables, y por lo tanto la consulta dejaría de tener relevancia.

Al presente, el gobierno nacional, sin haber construido la concertación con los pueblos indígenas originarios del TIPNIS, ha tomado la determinación de llevar a cabo la consulta convocada por la Ley n° 222, a pesar de la protesta y el rechazo de las autoridades naturales de los pueblos afectados.

Como se podrá advertir, el diseño constitucional normativo establecido por el constituyente para superar la histórica exclusión y marginación de los pueblos indígenas originarios se ve enfrentado a una dura realidad política, caracterizada por un proceso de desconstitucionalización, pues el gobierno nacional invoca la Constitución pero no la respeta ni resguarda y, con relación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios, no duda en vulnerarlos.

Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia

Alexei Julio Estrada*

I. Introducción

La Constitución de 1991 significó un cambio trascendental en lo que hace referencia a la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia. Significó el cambio de un modelo *asimilacionista*, de acuerdo con el cual las políticas públicas respecto de los integrantes de las comunidades indígenas estaban orientadas a acelerar su proceso de integración a los patrones de vida de la mayoría de la sociedad nacional, a un reconocimiento constitucional del valor de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Este reconocimiento se tradujo, a su vez, en el nacimiento de una obligación constitucional para el Estado consistente en respetar y proteger dicha diversidad (artículo 7° constitucional).¹

El reconocimiento del valor de la diversidad cultural y étnica de la nación colombiana y la correlativa obligación de respeto y protección de la misma son el punto de partida del régimen constitucional de los pueblos indígenas

* Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España). Docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Al respecto, ver la Sentencia C-175 de 2009.

en la Constitución colombiana. A partir de allí, numerosas normas constitucionales desarrollan ese mandato:

- El artículo 10 indica que, además del castellano, “las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también [lenguas] oficiales en sus territorios”.
- El artículo 63 prescribe que “las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.
- El artículo 68 reconoce el denominado derecho a la etnoeducación al señalar que “los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”.
- El artículo 246 establece la jurisdicción especial indígena, con fundamento en la cual “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República”.
- El artículo 286 reconoce como entidad territorial —al lado de los departamentos, los municipios y los distritos— a los territorios indígenas. De conformidad con el artículo 287, las entidades territoriales tienen el derecho a gobernarse por autoridades propias, a administrar los recursos y a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales.
- El artículo 330 indica que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”.
- Finalmente, como recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-915 de 2010,

[...] el ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas espacios concretos de participación además de los establecidos para todos los colombianos dentro de los cuales también están incluidas. Entre otros, se pueden identificar como espacio de participación concretos: i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas [artículo 171], ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial

para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial —artículo 329—, iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios —artículo 330— y v) la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afectan directamente.

A las normas constitucionales anotadas hay que añadir los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia pues en virtud del artículo 93 de la Constitución colombiana estos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre ellos vale destacar el Convenio 169 “Sobre Pueblos indígenas y Tribales” de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),² tratado internacional que, según jurisprudencia constitucional reiterada,³ forma parte del bloque de constitucionalidad y, como se verá, ha sido especialmente importante en materia del derecho a la consulta previa.

En el presente texto no se explicará a profundidad la totalidad del régimen constitucional que ha sido mencionado. Por razones de espacio se hará mención de solo cuatro de los aspectos fundamentales del mismo, al resultar los más interesantes desde el punto de vista de los problemas concretos que han surgido a su alrededor y las respuestas que la jurisprudencia constitucional ha intentado ofrecer a los mismos. Estos son el derecho a la etnoeducación, la jurisdicción especial indígena, el régimen del territorio indígena y el derecho a la consulta previa.

II. El derecho a la etnoeducación

La Corte Constitucional ha reconocido que, en materia educativa, “con la expedición de la Constitución de 1991, al definirse el Estado colombiano como

² Ratificado por Colombia mediante la Ley n° 21 de 1991.

³ Sentencias SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-382 de 2006, C-750 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, entre otras.

democrático y pluralista, se abandonó por completo la idea integracionista”.⁴ Prueba de ello es que, como ya se mencionó, su artículo 68 reconoce el derecho de “los integrantes de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”. Como consecuencia de este cambio de enfoque, la Ley n° 115 de 1994⁵ —ley general de educación— define la etnoeducación como “la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos”⁶ y le otorga, entre otras, la finalidad de “afianzar los procesos de identidad”.⁷ A partir de este diseño legal la etnoeducación ha sido considerada un derecho de los pueblos indígenas, además clave para mantener su identidad cultural porque permite transmitir a las nuevas generaciones su cultura y de este modo impedir su desaparición.

Según la Sentencia C-208 de 2007, el derecho a la etnoeducación es fundamental por dos razones. En primer lugar porque la educación ha sido reconocida como derecho fundamental para todas las personas, entre las cuales se encuentran los integrantes de las comunidades indígenas.⁸ En segundo lugar debido a que “hace parte integral del derecho a la identidad cultural que [...] tiene dimensión *iuris* fundamental”. En este orden de ideas es un derecho susceptible de protección por vía de tutela.⁹

La etnoeducación comprende varios componentes que han sido desarrollados por la Constitución, el capítulo III de la Ley n° 115 de 1994 y su Decreto Reglamentario n° 804 de 1995, los cuales pueden ser entendidos como el contenido del derecho fundamental en comento. Algunos de los más importantes son los siguientes:

- La enseñanza bilingüe para comunidades con tradiciones lingüísticas propias (artículo 10 de la Constitución).

⁴ Sentencia C-208 de 2007.

⁵ El capítulo III de la Ley n° 115 de 1994 desarrolla lo relativo a la educación para grupos étnicos.

⁶ Artículo 55.

⁷ Artículo 56.

⁸ Para una explicación detallada sobre la jurisprudencia en torno al carácter fundamental del derecho a la educación ver la Sentencia T-533 de 2009.

⁹ La acción de tutela es el mecanismo previsto en la Constitución colombiana de 1991 para la protección de los derechos fundamentales.

- La existencia de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes de las comunidades indígenas (artículo 62 de la Ley n° 115 de 1994).
- La formación “de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos” (artículo 58 de la Ley n° 115 de 1994).¹⁰
- La existencia de un currículo académico que se fundamente “en la territorialidad, la autonomía, la lengua, la concepción de vida de cada pueblo, su historia e identidad según sus usos y costumbres” (artículo 14 del Decreto n° 804 de 1995).
- Respecto de la “administración y gestión institucionales” los artículos 17 y siguientes del Decreto n° 804 de 1995 prescriben: i) “los proyectos educativos institucionales de los establecimientos educativos para los grupos étnicos, definirán los calendarios académicos de acuerdo con las formas propias de trabajo, los calendarios ecológicos, las concepciones particulares de tiempo y espacio y las condiciones geográficas y climáticas respectivas”, ii) “en la organización y funcionamiento del gobierno escolar y en la definición del manual de convivencia en los establecimientos educativos para los grupos étnicos, se deberán tener en cuenta sus creencias, tradiciones, usos y costumbres” y iii) “la elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didácticos, deben tener en cuenta las particularidades culturales de cada grupo étnico”.

La participación de la comunidad indígena tiene importancia crucial para la satisfacción de los reseñados componentes del derecho a la etnoeducación. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-208 de 2007, reconoció que la participación y cooperación de los grupos indígenas en los programas y servicios de educación a ellos destinados es “el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional”. En razón de lo anterior, la Ley n° 115 de 1994 y su Decreto Reglamentario n° 804 de 1995 han previsto diversos ámbitos de participación para las comunidades indígenas. Incluso el decreto antes mencionado, en su artículo 10, indica

¹⁰ Reglamentado por el capítulo II del Decreto n° 804 de 1995 (artículos 5-9).

quiénes son las autoridades de los grupos étnicos que resultan competentes para llevar a cabo la concertación.¹¹ Estos ámbitos son:

- “Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados”.¹²
- “Cuando fuere necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos”.¹³
- “La Nación, en coordinación con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades de los grupos étnicos previstas en el artículo 10 de este Decreto, creará, organizará y desarrollará programas especiales de formación de etnoeducadores en aquellos departamentos y distritos en donde se encuentren localizados grupos étnicos, si ninguna institución de educación superior o escuela normal superior atiende este servicio”.¹⁴
- El diseño o construcción del currículo de la etnoeducación “será el producto de la investigación en donde participen la comunidad, en general, la comunidad educativa en particular, sus autoridades y organizaciones tradicionales”.¹⁵ Además, “la formulación de los currículos

¹¹ Artículo 10: “Para los efectos previstos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, son autoridades competentes de las comunidades de los grupos étnicos para concertar la selección de los docentes con las autoridades de las entidades territoriales, las siguientes:

a) El Consejo de Mayores y/o las que establezcan las organizaciones de las comunidades que integran la Comisión Consultiva Departamental o Regional, con la asesoría de las organizaciones representativas y de los comités de etnoeducación de las comunidades negras y raizales, y

b) Las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, con la asesoría de sus organizaciones y/o de los comités de etnoeducación de la comunidad, donde los hubiere”.

¹² Artículo 62, Ley n° 115 de 1994.

¹³ Artículo 63, Ley n° 115 de 1994.

¹⁴ Artículo 8°, Decreto n° 804 de 1995.

¹⁵ Artículo 14, Decreto n° 804 de 1995.

de etnoeducación se fundamentará en las disposiciones de la Ley 115 de 1994 y en las conceptualizaciones sobre educación elaboradas por los grupos étnicos, atendiendo sus usos y costumbres, las lenguas nativas y la lógica implícita en su pensamiento”.¹⁶

- “La creación de alfabetos oficiales de las lenguas y de los grupos étnicos como base para la construcción del currículo de la etnoeducación, deberá ser resultado de la concertación social y de la investigación colectiva”.¹⁷
- “La infraestructura física requerida para la atención educativa a los grupos étnicos, debe ser concertada con las comunidades, de acuerdo con las características geográficas, las concepciones de tiempo y espacio y en general con los usos y costumbres de las mismas”.¹⁸
- “La elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didácticos, deben [...] llevarse a cabo en concertación con las instancias previstas en el artículo 10 del presente Decreto”.¹⁹

Como se adelantó, en la Sentencia C-208 de 2007²⁰ la Corte Constitucional consideró que el contenido del derecho a la etnoeducación incluye la

¹⁶ Artículo 15, Decreto n° 804 de 1995.

¹⁷ Artículo 16, Decreto n° 804 de 1995.

¹⁸ Artículo 19, Decreto n° 804 de 1995.

¹⁹ Artículo 20, Decreto n° 804 de 1995.

²⁰ En aquella ocasión se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto-ley n° 1.278 de 2002 que contiene el denominado Estatuto de Profesionalización Docente dirigido a regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, en el cual se estableció el concurso público de méritos como la forma de ingreso de los docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal. La Corte Constitucional determinó que los contenidos normativos del decreto-ley “no hacen referencia alguna a grupos sociales que son objeto de especial tratamiento y protección, como es precisamente el caso de los grupos étnicos, con lo cual se concluye que sus normas cobijan, de manera general, a todos aquellos que se vinculen a los cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado sin consideración a sus diferencias culturales, y que el mismo no libera a los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas de la obligación de someterse al concurso público de méritos bajo las mismas reglas y condiciones que aplican a la mayoría de la sociedad nacional”. Consideró entonces que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas. Indicó que, con dicha omisión, se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un

existencia de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para las comunidades indígenas. Así, estimó que este régimen no puede ser el mismo que el prescrito para regular la situación de los docentes y directivos docentes para el resto de la población colombiana pues, en virtud del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, estas disposiciones deben ajustarse “a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional” para que así respondan “a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida”.

Hasta el momento no se han expedido normas para regular el concurso de méritos de etnoeducadores debido a que estas se encuentran en proceso de consulta previa en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas creada por el Decreto n° 2.406 de 2007. Esto quiere decir que, de conformidad con la parte resolutoria de la Sentencia C-208 de 2007, las disposiciones que regulan el tema siguen siendo las contenidas en la Ley General de Educación —Ley n° 115 de 1994— y demás normas complementarias —como el Decreto n° 804 de 1995—.

Estas disposiciones no contienen un régimen integral de ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para grupos indígenas pues solo dos normas tratan el tema. Prescriben que la selección de estos educadores por parte de las autoridades competentes se hará en concertación con los grupos étnicos (artículo 62 de la Ley n° 115 de 1994), pero además impone requisitos y prelación que limitan esta decisión:

régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos indígenas que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. De igual manera, aseguró, se desconoció el derecho de los grupos indígenas a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollen con su participación y cooperación. Estimó la Corte que ello no podía suceder “sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las distintas manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional”. Como consecuencia de lo anterior, la Corte decidió declarar exequible el Decreto-ley n° 1.278 de 2002, “siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación [Ley n° 115 de 1994] y demás normas complementarias”.

- Los docentes seleccionados “deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano” (artículo 62 de la Ley n° 115 de 1994).
- “Podrá excepcionarse del requisito del título de licenciado o de normalista” pero “en el evento de existir personal escalafonado, titulado o en formación dentro de los miembros del respectivo grupo étnico que se encuentren en capacidad y disponibilidad para prestar el servicio como etnoeducadores, éste tendrá prelación para ser vinculado” (artículo 12 del Decreto n° 804 de 1995).
- Tendrán prelación para ser elegidos “los miembros de las comunidades en ellas radicados” (artículo 62 de la Ley n° 115 de 1994).

La ausencia de un régimen integral que regule el ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para grupos indígenas explica que no se haya realizado aún ningún concurso público de méritos para que ingresen definitivamente al servicio público de educación los docentes y directivos docentes necesarios para atender a la población indígena. Por el contrario, desde la expedición del Estatuto de Profesionalización Docente se han venido realizando varios concursos de méritos para proveer definitivamente los cargos vacantes de docentes y directivos docentes para la educación de población que no se identifica como perteneciente a una etnia. En atención a esta situación, el Decreto n° 3982 de 2006 (artículo 4°, parágrafo 1) prescribió que, al determinar los cargos vacantes de docentes y directivos docentes que serían sometidos a concurso público de méritos, se deberían excluir aquellos necesarios para la atención educativa de los grupos indígenas ya que estos solo deben ser provistos mediante las normas especiales que se encuentran en proceso de consulta previa. En la directiva ministerial 02 del 18 de febrero de 2008, la entonces Ministra de Educación Nacional orientó en el sentido de proveer temporalmente los cargos vacantes necesarios para la atención educativa de los grupos indígenas mediante nombramiento provisional con respeto de las previsiones del artículo 62 de la Ley n° 115 de 1994 y del artículo 12 del Decreto n° 804 de 1995 antes explicadas.

Se han presentado dificultades en la aplicación del régimen temporal descrito en aquellas instituciones educativas que atienden población indígena y población que no se identifica como indígena. Ha resultado claro que,

en el caso de instituciones educativas oficiales que solo atienden población que no se identifica como perteneciente a una etnia, se deben reportar los cargos vacantes para ser provistos definitivamente mediante el concurso de méritos del Estatuto de Profesionalización Docente. También ha resultado claro que, en el caso de instituciones educativas oficiales que solo atienden población indígena, no se pueden reportar los cargos vacantes para tal concurso público de méritos, sino que, mientras concluye el proceso de consulta, estos deben proveerse temporalmente, mediante nombramiento provisional, con respeto de las previsiones del artículo 62 de la Ley n° 115 de 1994 y del artículo 12 del Decreto n° 804 de 1995. El problema se presenta en aquellas instituciones educativas que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia —“racialmente mixtas”— pues no existe claridad sobre en qué casos se deben reservar, en tales instituciones, los cargos de docentes y directivos docentes que están vacantes para ser provistos mediante las normas especiales que están en proceso de consulta previa.

El trasfondo de esta situación es un problema de alcance más general, cual es si se debe aplicar —y en qué medida— la etnoeducación en “escuelas racialmente mixtas”. Esta problemática se abordó recientemente en dos sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional.

En la Sentencia T-116 de 2011 se determinó que el solo hecho de que los estudiantes indígenas no constituyeran la mayoría de la población educativa no significa que ellos y su comunidad pierdan su calidad de titulares del derecho a la etnoeducación, pues ello,

[...] significaría volver al modelo indigenista gubernamental de asimilación que existía bajo la Constitución de 1886 abandonado por la Carta Política de 1991 al definirse el Estado colombiano como democrático y pluralista. En éste [...] en razón de su inferioridad numérica se sometía a las comunidades étnicas a los patrones educativos de la cultura dominante con la consecuente desaparición progresiva de sus culturas. Esto, además de atentar contra su derecho fundamental a la identidad cultural, es una forma de discriminación lingüística, religiosa y cultural en su contra.

Agregó la Corte que:

[...] tampoco puede hacerse depender este derecho del hecho de que la institución educativa se encuentre o no en el territorio de la Comunidad Indígena [...] pues, según lo visto, la Constitución (artículo 68) y el Convenio 169 de la OIT (artículo 27) lo radican en cabeza de los integrantes de los grupos étnicos, sin limitación geográfica alguna, lo que quiere decir que estas personas gozan del mismo en cualquier lugar del territorio nacional.

De todos modos advirtió que:

[...] la forma concreta en que operan los componentes de la etnoeducación en un establecimiento [educativo de este tipo] escapa a la órbita de competencia del juez constitucional y entra en la del Gobierno Nacional y las entidades territoriales quienes son los encargados de diseñar y ejecutar las políticas públicas en materia educativa. Al juez constitucional le corresponde señalar, como lo hace en esta sentencia, que no es respetuoso de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas excluir una institución educativa de las políticas de etnoeducación con base en criterios territoriales y de mayoría numérica por las razones que ya se ofrecieron. En este especial contexto, la Sala también estima que no se puede obviar la participación de la comunidad educativa del establecimiento educativo, lo que sin duda permitirá armonizar los intereses de ambas culturas en la educación de sus miembros.

En la Sentencia T-379 de 2011 se decidió una tutela interpuesta por una comunidad indígena, cuyos miembros se desempeñaban de manera provisional como profesores en instituciones educativas oficiales “racionalmente mixtas” y cuyos cargos fueron reportados para el concurso de méritos del Estatuto de Profesionalización Docente. El reporte de estos cargos se fundamentó en lo básico en la aplicación de un criterio territorial y uno mayoritario, según los cuales, si la institución no está ubicada en territorio indígena o la mayoría de su población no es indígena, no es necesario que sus docentes sean etnoeducadores.

Frente a ello la Corte Constitucional expresó que:

[...] los criterios para determinar cuáles vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 también son parte del proceso de consulta que se está adelantando [en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas]. Ello porque, en últimas, estos criterios son los que fijarán el ámbito de aplicación del futuro régimen especial de ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para la población indígena, régimen que debe ser objeto de consulta previa según lo dicho por esta Corte en la sentencia C-208 de 2007.

Sin embargo, indicó que:

[...] también es consciente de que, mientras culmina el proceso de consulta previa [...] la realización de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 no se puede detener y, por tanto, se requieren criterios al menos temporales para determinar en qué casos las vacantes deben ser excluidas de los mismos en el caso de las instituciones educativas oficiales que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia.

Consideró que:

[...] estos criterios temporales también deben ser determinados mediante un proceso de consulta previa a nivel departamental, municipal o distrital —según sea el departamento, el municipio o el distrito la entidad encargada de reportar los cargos de docentes o directivos docentes vacantes— con las comunidades indígenas con presencia en la entidad territorial respectiva. Lo que se justifica porque es evidente que estos criterios, aunque temporales, son una medida que les afecta directamente y que por tanto debe ser decidida a través de este mecanismo.

III. La autonomía territorial de las comunidades indígenas y el derecho a la propiedad colectiva

Como ya fue anunciado, uno de los aportes más destacables de la Constitución de 1991 fue la elevación a rango constitucional de los principios de diversidad étnica, pluralismo cultural y autonomía de las comunidades indígenas, así como los demás que se derivan de este marco estructural; lo cual, sumado a la ratificación, en agosto de 1991, del Convenio 169 de la OIT, sentó las bases de una estructura normativa de rango constitucional, para la defensa de los intereses de los pueblos étnicamente minoritarios.

Sin embargo, las disposiciones contenidas en la Constitución y los instrumentos internacionales no han sido desarrolladas legal y reglamentariamente, lo que ha llevado a que la Corte Constitucional haya tenido que asumir un activo papel en la configuración de estas previsiones.

En efecto, la primera y principal omisión legislativa ha sido la relacionada con la regulación que señale los requisitos para constituir las entidades territoriales indígenas, omisión que no fue reparada mediante la recientemente expedida Ley de Ordenamiento Territorial (Ley n° 1454 de 2011 “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”). En ese sentido, aún son los resguardos el espacio para el ejercicio exclusivo de la autonomía política y jurisdiccional, por parte de las comunidades indígenas, gracias a la doctrina desarrollada al respecto por la Corte Constitucional colombiana.

En cuanto a su naturaleza jurídica y conexión con el derecho a la propiedad colectiva, desde sus primeras providencias la Corte Constitucional ha sostenido que:

[...] el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.²¹

²¹ Sentencia T-188 de 1993.

Igualmente, en Sentencia T-405 de 1993 se expuso:

[...] en otras palabras un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra [...] La propiedad colectiva que surge del resguardo es desarrollo de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, adoptado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, mediante el cual los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras.²²

De la lectura de esos primeros fallos se tiene que inicialmente la Corte adoptó un enfoque esencialmente territorialista del concepto de resguardo, que fue evolucionando hasta su reconocimiento como figura de mayor complejidad, en la que no solo son ejercidos los derechos a la propiedad y al territorio colectivo, sino también los políticos y jurisdiccionales, sin dejar de lado la restricción en cuanto a su configuración como entidad territorial. Al respecto, en Sentencia T-634 de 1999 se adujo:

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.

Así, después de un largo recorrido jurisprudencial, se ha definido que el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas, que tiene como punto de base el contexto del resguardo, está dado por la capacidad que se les ha

²² Sentencia T-495 de 1993.

reconocido para delinear su organización social, económica y política o, en otras palabras, “el derecho que tienen tales pueblos a decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley”.²³

Este derecho es susceptible de materialización mediante la garantía de sus dos dimensiones, una externa y una interna. La primera, relativa a sus posibilidades de participación en los contextos legislativo y ejecutivo, son asegurados mediante su participación política en el Congreso²⁴ y su intervención activa y consensuada en el desarrollo de los procesos de los que resultan las medidas legislativas y administrativas con la virtualidad que afectan directamente sus dinámicas de vida.

La dimensión interna del derecho a la autonomía implica el reconocimiento de su liberalidad para el establecimiento de las reglas que social, económica, política y jurisdiccionalmente regulan a la comunidad, factores que se traducen concretamente en las siguientes garantías constitucionalmente establecidas: i) el derecho a decidir su forma de gobierno (CP artículo 330), ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. artículo 246) y iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley.

La jurisprudencia constitucional ha detallado el alcance de estos derechos y ha determinado que estos abarcan: i) el de escoger la modalidad de gobierno que las debe regir, ii) el derecho a consolidar y determinar sus instituciones políticas y sus autoridades tradicionales, iii) la posibilidad de establecer de manera propia y conforme a sus usos y costumbres y a lo que señale la ley, las funciones que les corresponde asumir a tales autoridades²⁵ y iv) la determi-

²³ Sentencia T-973 de 2009.

²⁴ En lo concerniente al derecho a la participación política en la circunscripción nacional, la Corte ha destacado que la sujeción de los pueblos indígenas a ciertas reglas establecidas por el legislador para el desarrollo del debate electoral en el ámbito de sus competencias nacionales —esto es, con relación a sus representantes en el Congreso de la República— no afecta la autonomía de tales entidades, ni la protección de su identidad cultural, pues no se trata de aspectos internos relacionados con las garantías de autogobierno y autodeterminación, sino de la forma en que estas comunidades acuden a la conformación del poder público del Estado, en condiciones de igualdad. Al respecto ver las Sentencias C-169 de 2001, T-755 de 2005 y T-973 de 2009, entre otras.

²⁵ Sentencia C-292 de 2003.

nación de los procedimientos y requisitos de elección de sus autoridades, así como la modificación y actualización de tales normas. Al respecto, si bien a las autoridades indígenas les corresponde actuar conforme lo han hecho en el pasado, dado que sus usos y costumbres son el eje de su autoridad y de la cohesión social de sus pueblos, las comunidades indígenas en su conjunto pueden determinar, modificar y actualizar las disposiciones y procedimientos de elección, en virtud de las potestades legislativas internas que poseen. Por último, v) también pueden definir las instancias internas de resolución de sus conflictos electorales.²⁶

Ahora bien, aunque la autonomía de las comunidades indígenas es un derecho fundamental de carácter colectivo, está limitado por el propio texto constitucional, que admite la coexistencia pacífica de grupos culturalmente distintos, pero sujetos a un orden superior. Como criterios de interpretación sobre el alcance de este derecho se han erigido ciertos parámetros, tales como:

- i) La prevalencia del carácter *unitario* del Estado.²⁷
- ii) La validez del ejercicio de los usos y costumbres propios de una comunidad, siempre que estos no contraríen la Constitución y la ley.²⁸
- iii) *La maximización de la autonomía de las comunidades y la minimización de las restricciones, salvo las que sean indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.* Su límite es el ejercicio y respeto de otros derechos de entidad fundamental, siempre que su garantía “result[e] intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”,²⁹ ejemplo de los cuales se han destacado: *a)* el respeto al derecho a la vida, *b)* la prohibición de la tortura y de la esclavitud, *c)* la responsabilidad individual por los actos propios y *d)* la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas. Lo anterior, debido a que estos han sido reconocidos como intangibles por los tratados internacionales de derechos humanos y frente a los mismos existe en general un *consenso intercultural*.³⁰

²⁶ Sentencia C-921 de 2007.

²⁷ Sentencia T-973 de 2009.

²⁸ Sentencia SU-510 de 1998.

²⁹ Sentencia T-349 de 1996.

³⁰ Sentencias T-349 de 2006, SU-510 de 1998 y T-778 de 2005.

- iv) *A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.*³¹
- v) *Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.*³²
- vi) *Aplicación del principio de proporcionalidad.* En caso de que deba optarse por una limitación a la autonomía de las comunidades indígenas para la prevalencia de intereses constitucionales contrapuestos, la medida a adoptarse debe ser la menos gravosa para la autonomía de dichos grupos étnicos.³³

IV. El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas

De manera específica, la Constitución colombiana incluye una previsión que hace expresa referencia a la consulta de las comunidades indígenas. Así el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política reza:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha entendido que la consulta no se reduce a este supuesto, pues debe abarcar todos los eventos contemplados en el Convenio 169 de la OIT. Desde las primeras sentencias referidas al tema se reconoció en la consulta una entidad fundamental, naturaleza deducida del vínculo existente entre la práctica efectiva de este procedimiento y la guarda de los derechos a la participación y a la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos potencialmente afectados por una medida dispuesta, bien por el órgano ejecutivo o por el legislativo.

En particular, en una de las sentencias hito en la materia, la SU-039 de 1997, se sostuvo que “el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser

³¹ Sentencias T-254 de 1994, SU-510 de 1998 y T-1130 de 2003.

³² Sentencias T-254 de 1994 y C-139 de 1996.

³³ Sentencia T-349 de 1996.

consultados previamente se erige como una de las formas de participación democrática previstas en la Carta con destino al aseguramiento de su derecho al territorio y su integridad étnica”.³⁴ Justamente, aquel nexo delineable entre el mecanismo de la consulta y los referidos derechos le concedía, de acuerdo con este precedente, un sentido *iusfundamental* a ese procedimiento.³⁵ De esta forma, la consulta fue vista en un inicio como un nivel particular del derecho a la participación.

Paulatinamente, el alcance de este derecho fue ampliado en concordancia con la idea de *afectación directa*, que se ha perfilado como criterio esencial para la obligatoriedad de la consulta. Tal detrimento debe predicarse de la integridad e intereses de la comunidad en su condición del tal, esto es, como grupo minoritario. Esta precisión aparece como respuesta, no solo al carácter *directo* que se exige de la afectación, sino también de las condiciones para la *aplicación de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT*, que propone pautas para la instauración de medidas que incidan sobre las comunidades indígenas y tribales como tales.³⁶

Este último condicionamiento fue en un primer momento interpretado de manera estricta por esa corporación, en el sentido de que el ejercicio de la consulta no podía asumirse como una expresión de todos los niveles de participación de los que trata este instrumento. En tal orden de ideas, se sostuvo recientemente:

[...] si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos

³⁴ Sentencia SU-039 de 1997.

³⁵ En este sentido ver también las Sentencias T-652 de 1998, C-169 de 2001, C-891 de 2002, C-620 de 2003 y C-208 de 2007.

³⁶ Sentencia C-030 de 2008.

amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.³⁷

Ahora bien, la realización de la consulta previa implica unos deberes de las autoridades estatales que adelanten este procedimiento, al respecto se ha señalado:

[...] los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: “i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios —tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud—, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.³⁸

En este sentido, la jurisprudencia constitucional había concretado ciertos requerimientos para la aplicación de la consulta como proceso con miras a la satisfacción de este derecho, con base en los lineamientos trazados en el Convenio. En especial, mediante Sentencia SU-039 de 1997 se anotaron como fines cardinales del proceso y orientadores de su estructura los siguientes:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menos-

³⁷ Sentencia C-030 de 2008.

³⁸ Sentencia C-461 de 2008.

cabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.³⁹

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre las condiciones que deben cumplir las actividades preparatorias que constituyen el denominado trámite preconsultivo, etapa que necesariamente debe anteceder a la consulta con el propósito de que entre los organismos representativos de las comunidades interesadas y las autoridades encargadas definan de manera previa, de común acuerdo y con asidero en sus tradiciones, las pautas para la celebración de la consulta.⁴⁰

Sobre la base de que el consenso era el fin último de la consulta, se había entendido que la discordancia entre las posiciones defendidas por la población involucrada y las autoridades encargadas de la adopción de la medida autorizaban al Estado a establecer, de manera concluyente, los términos de la medida, siempre que su determinación i) estuviera desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, por el contrario, ii) estuviera basada en criterios de “razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación”⁴¹ y iii) previera mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que provocara la medida a la comunidad, sus miembros y su lugar de asentamiento.⁴²

³⁹ Sentencia SU-039 de 1997.

⁴⁰ Sentencia T-737/05.

⁴¹ SU-383 de 2003.

⁴² Sentencia C-175 de 2009.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que la consulta previa debe aplicarse a todas las medidas de carácter legislativo o administrativo que puedan incidir en las comunidades indígenas, incluso los actos reformativos de la Constitución.

En efecto, mediante la Sentencia C-702 de 2010 se declaró parcialmente inconstitucional el artículo 2° del Acto Legislativo n° 1 de 2009 porque no había sido sometido a consulta previa. Sostuvo la Corte que se trataba de un vicio en el procedimiento de formación del acto reformativo de la Constitución, que tenía una especial entidad pues suponía la vulneración de un derecho fundamental del cual eran titulares las comunidades indígenas.

Igualmente, la omisión de la consulta previa es considerada un vicio del trámite legislativo que tiene carácter insubsanable y que ocasiona la declaratoria de inconstitucionalidad, bien sea de todo el cuerpo legislativo, o de las específicas disposiciones legales que afectan directamente a los pueblos indígenas y tribales. Bajo estos presupuestos y dada la omisión del requisito de consulta previa, se declaró la inexecutable, entre otras, de la denominada ley forestal (Ley n° 1.021 de 2006), mediante Sentencia C-030 de 2008, de la llamada ley de desarrollo rural (Ley n° 1.152 de 2007), mediante Sentencia C-175 de 2009 y del Código de Minas (Ley n° 1.382 de 2010), mediante Sentencia C-366 de 2011; mientras que en Sentencia C-461 de 2008 se declaró la executable, condicionada al cumplimiento de la consulta previa en mención, de la Ley n° 1.151 de 2007 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 y posteriormente, mediante Sentencia C-366 de 2011, se declaró la inexecutable de la Ley n° 1.382 de 2010, por la cual se modificaba el Código de Minas, pero con efectos diferidos al término de dos años.

La consulta previa también se aplica respecto de decisiones administrativas que afecten los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En estos casos, como la Corte Constitucional no tiene competencia para declarar la nulidad de los actos y contratos de la administración, por regla general en sus pronunciamientos los declara inaplicables o suspende sus efectos. Así, por omisión o por indebida realización de la consulta previa han sido dejadas sin efecto licencias ambientales,⁴³ se ha ordenado consultar la fumigación de cultivos ilícitos con glifosato⁴⁴ o se ha suspendido la ejecución de contratos

⁴³ Sentencia SU-039 de 1997.

⁴⁴ Sentencia SU-383 de 2003.

estatales. En estos casos por regla general se ordena a las autoridades administrativas competentes rehacer la actuación de manera tal que se respete el derecho a la consulta previa.

No hay un cuerpo normativo que establezca el procedimiento de la consulta previa, pues las normas expedidas por el gobierno sobre la materia son inaplicables, debido a que no fueron sometidas a consulta previa, en esa medida la jurisprudencia ha sido la encargada de arrojar algunas luces sobre el trámite a seguir en estos casos. Cabe diferenciar de aquellas medidas de índole legislativa o reglamentaria que tienen un carácter general, tales como leyes o actos legislativos, las medidas que tienen un carácter particular, como, por ejemplo, licencias ambientales o contratos estatales. Las primeras implican una consulta de alcance nacional que se adelanta por todo el país, mientras que en los segundos la comunidad que debe ser objeto de consulta aparece más delimitada y en esa medida el procedimiento a seguir está circunscrito territorialmente.

Una vez agotado el procedimiento, la comunidad ha de expresar su parecer. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera reiterada había sostenido que no hay un derecho a veto por parte de las comunidades, razón por la cual en los casos que no fuera posible llegar a un acuerdo, prevalece, bajo ciertas condiciones, la voluntad estatal.

Sin embargo, recientemente la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa ha dado un giro radical, a partir de la expedición de la Sentencia T-129 de 2011.⁴⁵ En esta decisión se acoge gran parte de las directrices trazadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Saramaka”⁴⁶ y se sentaron pautas importantes en torno al momento en el cual debía adelantarse la consulta previa, la necesidad de contar con el consentimiento previo e informado de las comunidades afectadas y el derecho de estas a participar en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales. Textualmente se sostuvo:

⁴⁵ Mediante la cual fue resuelta una acción de tutela impetrada por miembros de los resguardos indígenas de embera-katío y chidima-tolo, que expusieron la problemática generada por la construcción de una carretera que atravesaba sus resguardos, el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, y los trámites relativos a la concesión para la explotación de oro en la zona.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, n° 172.

La intervención del Estado o concesionarios del mismo en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada *desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto*, obra o actividad no solo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que *existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos*. Sumado a ello, es preciso insistir en *el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención* (énfasis agregado).

Concretamente, esta sentencia genera un nuevo precedente, pues precisa que el fin último de la consulta ya no es la interacción dialéctica y equitativa de los grupos étnicos minoritarios con los sujetos interesados en la ejecución de la medida, sino la consecución del consentimiento previo de las comunidades, lo que supone un cambio radical en la concepción de este derecho y procedimiento.

Finalmente, quedan por examinar aquellos eventos en que no se realiza la consulta y se produce una grave afectación de la comunidad. En estos eventos la Corte Constitucional ha entendido que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser reparados por la afectación de sus derechos a la consulta y a la propiedad colectiva y ha adoptado distintas medidas para tales efectos.⁴⁷

V. La jurisdicción especial indígena

Debido al grado de indeterminación de la norma constitucional que reconoce la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional ha sido la llamada a trazar los contornos de la misma, labor que ha sido sumamente compleja pero, sin duda alguna, ha permitido la progresiva realización de la justicia indígena.

La Corte Constitucional, a partir del análisis del artículo 246 de la Constitución⁴⁸, determinó que son cuatro los elementos centrales que delimitan el

⁴⁷ Al respecto pueden ser consultadas las Sentencias T-652 de 1998 y T-693 de 2011.

⁴⁸ “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

contenido y el alcance de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional:⁴⁹

- La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
- La potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios.
- La sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley.
- La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad.

Según la Corte,⁵⁰ del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena se deriva el derecho individual de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero, que consiste en el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para los miembros de su comunidad, condición inherente al debido proceso, como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución.

En un principio la jurisprudencia constitucional utilizó, fundamentalmente, dos criterios para determinar, en un caso concreto, si un indígena tiene derecho al fuero pues no siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho.⁵¹

⁴⁹ Sentencias C-139-96, T-349-96, SU-510-98, T-266-99, T-030-00, T-1127-01, T-728-02, T-552-03, T-811-04, T-1294-05 y T-549-07.

⁵⁰ Sentencias T-496-96, T-523-97, T-667A-98, T-934-99, T-266-99, T-606-01, T-728-02, T-552-03, T-1238-04, y T-811-04 y T-009-07.

⁵¹ *Ibíd.*

- En primer lugar, está el criterio personal, aplicable al individuo en razón a su pertenencia o no a la comunidad indígena que permita su sometimiento a las normas y procedimientos que la rigen. En este punto, no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia, es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres.⁵²
- En segundo lugar, el criterio geográfico o territorial, relacionado directamente con la conducta desarrollada y su ocurrencia al interior del territorio indígena. El territorio indígena, para estos efectos, es la zona donde exista una presencia efectiva de la comunidad, con una convicción de pertenencia sobre la tierra que habita y cuya convivencia esté regida por una forma de cultura específica.⁵³

Tiempo después, la jurisprudencia señaló que, a los factores ya mencionados en la definición del fuero indígena, concurre también el elemento objetivo⁵⁴ referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta y a la naturaleza de los comportamientos que son objeto de juzgamiento. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la jurisdicción especial indígena es incompetente para conocer cierto tipo de acciones, especialmente las constitucionales. En la Sentencia C-187 de 2006, con ocasión del control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de ley estatutaria “Por medio de la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”, se sostuvo que no es competente para resolver el *habeas corpus*. También ha sostenido que es incompetente para conocer de la acción de tutela (A-228 de 2007).

La coordinación entre todos estos factores debe hacerse en el caso concreto, sin que sea posible establecer reglas generales. Por ejemplo, el factor personal puede ser la base para la procedencia del fuero, aun por fuera del ámbito territorial de la respectiva comunidad, si la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece determinan la

⁵² Sentencias T-1238-04, T-1070-05 y T-945-07.

⁵³ Sentencias T-1238-04, T-1070-05 y T-945-07.

⁵⁴ Sentencias T-552-03 y T-1238-04.

conveniencia de que el indígena sea juzgado y sancionado por las autoridades de su comunidad, de acuerdo con sus normas y procedimientos.⁵⁵

Un asunto de suma importancia y particularmente problemático es la fijación de los límites de la jurisdicción indígena. Si se parte del mentado artículo 246, están dados por la Constitución y la ley. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre ella, por cuanto la diversidad étnica y cultural también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural.⁵⁶ De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta. Los límites deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que solo pueden estar referidos a lo que en verdad resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano. En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales son un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, lo cual es acogido en el plano del derecho internacional (Convenio 169 de la OIT).

Pero no todos los derechos fundamentales son límite a la jurisdicción indígena, sino un núcleo intangible de ellos que incluiría el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura.⁵⁷ Dos son las razones que llevaron a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. Una singular controversia generaron las Sentencias T-523 de 1997 y T-349 de 1996, en las cuales se sostuvo, respectivamente, que la pena de fuste y el cepo no constituían tortura ni tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁵⁵ Sentencia T-1238-04.

⁵⁶ Sentencias C-139-96, T-349-96, T-523-97, T-266-99, T-048-02, T-552-903 y T-009-07.

⁵⁷ Sentencia T-349 de 1996.

A estos derechos ha agregado la Corte, por expresa disposición constitucional, el derecho al debido proceso, la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación y la proscripción de la responsabilidad objetiva.⁵⁸

Especial referencia merece el derecho al debido proceso.⁵⁹ Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, estas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta⁶⁰. Ahora bien, el contenido del derecho al debido proceso que la jurisdicción indígena debe respetar no puede ser exactamente igual al que aplica la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al principio de legalidad, el juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades,⁶¹ de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse. Se requiere el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Es obvio que este límite no exige que las prácticas y los procedimientos deban ser llevados a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico.

Así mismo, en el trámite de los procesos de cualquier índole iniciados en la jurisdicción indígena, las personas acusadas pueden igualmente acceder de manera directa al proceso, interviniendo y haciendo uso de las herramientas de defensa que, según los usos y costumbres establecidos por su comunidad,

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Sentencias T-254-94, T-346-96, T-523-97, T-1127-01, T-048-02, T-552-03, T-811-04 y T-009-07.

⁶⁰ Sentencia T-048 de 2002.

⁶¹ Sentencia T-349 de 1996.

le aseguran una plena participación en dicho proceso. También, puede ser asistido o respaldado por todas aquellas personas o rituales que dentro de su comunidad se han establecido como herramientas procesales adecuadas para garantizar el ejercicio legítimo de su derecho de defensa.⁶²

La Corte Constitucional ha sostenido, de manera reiterada, que la acción de tutela procede contra las decisiones que en ejercicio de su autonomía y poder jurisdiccional profieren las comunidades indígenas. La anterior consideración se ha cimentado, fundamentalmente, en que los integrantes de dichas comunidades no tienen mecanismos efectivos de protección contra las decisiones de sus autoridades y la subordinación a que sus miembros, de ordinario, se encuentran sometidos.

VI. Conclusiones

Históricamente ha resultado determinante la expedición de la Constitución Política de 1991 en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y, de manera consecuente, el establecimiento de derechos y garantías de orden superior en titularidad de los grupos étnicamente minoritarios.

Un amplio catálogo de derechos y formulaciones normativas en este sentido dan cuenta de la determinación del constituyente de propender por la consecución de un estatus de integración plural y respetuosa de las diferencias étnicas y raciales. Sin embargo, en algunos casos estas mismas formulaciones normativas, y en otros, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales han demandado la intervención de las otras ramas del poder público a efectos de dar materialidad a esos mandatos.

No obstante, en ocasiones por acción y en otras por omisión, la suerte de las iniciativas legislativas ha resultado desafortunada a los intereses de las comunidades, circunstancia que ha sido sorteada gracias a la intervención favorable de la Corte Constitucional, organismo encargado de la salvaguarda de la Constitución.

En efecto, en observancia de esta función, la Corte Constitucional ha perfilado y desarrollado el catálogo de derechos y garantías dispuestos en la

⁶² Sentencia T-048 de 2002.

Constitución Política en beneficio de estos grupos poblacionales, claro está, dentro del marco de competencias que le determina la Constitución.

Desde el reconocimiento de la raigambre fundamental de los derechos en titularidad de las comunidades, precisamente en tanto sujetos de derechos; siguiendo con el desarrollo y la fijación del alcance del derecho a la autonomía, muy a pesar de la carencia prolongada de una ley de ordenamiento territorial y en la actualidad a falta de una norma que en la vigente disponga la constitución de las entidades territoriales indígenas; pasando por el reconocimiento de la independencia jurisdiccional de las autoridades indígenas y, hoy por hoy, haciendo valer sus intereses incluso en contraposición con los generales, en los eventos en que estos afecten de forma directa el giro de las actividades propias de la comunidad, la Corte Constitucional colombiana ha ejercido un rol vital en el aseguramiento de los derechos que el constituyente quiso atribuir en titularidad de los grupos étnicamente minoritarios, en tanto colectivo, y sus miembros individualmente considerados.

La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos

Claudio Nash Rojas*

I. Presentación del problema

Las últimas décadas hemos sido testigos de la centralidad que ha adquirido en Latinoamérica el reconocimiento de la realidad multicultural y plurinacional de nuestros países. Este proceso se ha traducido en modificaciones constitucionales, legales y culturales. Uno de los efectos de este proceso ha sido el reconocimiento de sistemas jurídicos distintos de los estatales, que deben ser objeto de interpretación para su plena aplicabilidad. De ahí que el tema de este trabajo sea central: ¿qué significa una interpretación culturalmente sensible en el contexto de los derechos humanos?

Tradicionalmente, producto del paradigma de la codificación, la interpretación fue entendida como un proceso mecánico de aplicación de la norma al caso concreto. La orientación hermenéutica era del tipo voluntarista, basándose la actividad interpretativa del juez en la búsqueda de la voluntad del legislador. Bajo este paradigma, lo que el juez debe hacer es “descubrir” esta voluntad cuasi divina y aplicarla en cada caso.

Este modelo clásico tiene como supuesto la neutralidad de la norma —vista como expresión máxima del racionalismo— y, por tanto, se excluyen

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

de toda consideración hermenéutica el contexto del conflicto y los titulares del derecho disputado o debatido al momento de interpretar. La aplicación acrítica de este modelo ha traído como consecuencia práctica que la interpretación se ha hecho con un elemento cultural, cual es, el paradigma del titular de derechos con características muy particulares: hombre, propietario, blanco y adulto. Por tanto, este ejercicio hermenéutico resulta ser muy restrictivo y tiende a la exclusión de importantes grupos sociales al no considerarse sus particularidades en los conflictos jurídicos, lo que ha provocado situaciones de discriminación sistémica. Un ejemplo claro de esto lo constituye la situación del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, pensemos en el caso del derecho de propiedad y sus particularidades en la cosmovisión indígena, y la forma en que se ha entendido comúnmente el ejercicio de este derecho.

Por tanto, la interpretación tradicional derivada del derecho privado puede resultar insuficiente y generadora de problemas serios en sociedades complejas, plurales y democráticas como las nuestras. En este trabajo esbozaré dos hipótesis que intentan solucionar dicho problema desde la perspectiva de los derechos humanos, basada en el principio de universalidad. En primer lugar, sostendré que la labor interpretativa debe considerar el contexto y las particularidades del titular para lograr un efectivo goce y ejercicio de los derechos (que es lo que llamaré *universalidad externa*); para luego, demostrar que esto tiene límites que están dados porque en este ejercicio no se pueden afectar los derechos humanos de los miembros de estas comunidades y de las personas que interactúan con estas (*universalidad interna*).

II. Una mirada desde los derechos humanos y el principio de universalidad

Para resolver el problema expuesto debemos preguntarnos cómo debe ser la interpretación cuando nos encontramos frente a un caso que involucra los derechos fundamentales y qué consecuencias tiene esto para nuestro tema central de debate: el pluralismo jurídico.

Cuando hablamos de interpretación en materia de derechos fundamentales, hacemos referencia al ejercicio consistente en dotar de contenido y alcance a un derecho en un caso concreto, en forma tal de dar efectividad a los derechos y así cumplir con el mandato constitucional y con las obligaciones internacionales del Estado. En derecho internacional de los derechos humanos, a partir del principio del cumplimiento de buena fe de las obliga-

ciones internacionales, se han desarrollado criterios particulares para realizar esta labor, atendiendo, principalmente, a la protección de la persona. En este sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concretizado lo que hemos señalado, considerando —entre otros— la integralidad en la interpretación, el principio *pro persona* y la interpretación evolutiva en su jurisprudencia.

El criterio de la interpretación *integral* se basa en la interacción de las diversas fuentes del derecho internacional, por ello, no sería posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento, por ejemplo, de los principios generales del derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o complementa. De esta forma, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El carácter dinámico o *evolutivo* de la interpretación se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el principio *pro persona* es consecuencia directa de que los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo a su objeto y fin (artículo 31 Convención de Viena de Derecho de los Tratados), lo que implica que, al ser la protección de los individuos, el objeto y fin de los tratados de derechos humanos puede concluirse que la interpretación debe atender siempre a favor de las personas.

Ahora, tomando en consideración los elementos interpretativos reseñados, veremos cómo estos influyen para el goce y ejercicio de los derechos respecto de los miembros de las comunidades indígenas. En efecto, estos criterios interpretativos nos indican que el rol del contexto y de los titulares de los derechos son importantes, es así como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Campo Algodonero vs. México” (2009) señaló que, cuando existían casos de discriminación estructural, las reparaciones por violaciones a los derechos humanos deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo (párr. 450). Es clarificador también lo que señaló la Corte en el “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” (2006) en cuanto a que a objeto de no incurrir en responsabilidad

internacional y dar cumplimiento a las obligaciones internacionales surgen para el Estado deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (párr. 154).

En el caso indígena, el contexto estaría dado por una especial condición de vulnerabilidad y un factor cultural preponderante. Estos elementos obligan al intérprete a realizar una aplicación de la norma que tienda al ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad, lo que implica, necesariamente, revisar la manera tradicional en que se han ejercido ciertos derechos. La necesaria consideración de estos elementos para garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno goce y ejercicio de los derechos ha sido recalcada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (2006):

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que *para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado (párr. 51, énfasis agregado).

Es por ello que mi primera hipótesis para dar solución a la discriminación que genera la neutralidad en la interpretación estriba precisamente en considerar el rol del contexto y las particularidades de los titulares de los derechos a la hora de interpretar, bajo la perspectiva de que una de las bases que estructura el sistema de protección de derechos humanos es el goce y el ejercicio de los

derechos por todos los individuos de la especie humana (principio de universalidad) y que esto se haga en condiciones de igualdad y no discriminación.

Es necesario aclarar, sin embargo, que realizar una nueva lectura de los derechos humanos a partir de la situación especial de vulnerabilidad y el factor cultural preponderante en el caso de los pueblos indígenas no implica una discriminación en detrimento de los demás titulares de derechos, por el contrario, aplicar en condiciones de igualdad, a partir de la realidad en la que se aplican las normas, trae como consecuencia una efectiva protección y un pleno goce de los derechos de los miembros de comunidades indígenas. Es decir, esto no debe ser confundido con la creación de espacios para situaciones de privilegio, sino que es la concreción del respeto del principio de igualdad de trato a aquellos que se encuentran en situaciones diferentes.

En síntesis, una interpretación culturalmente sensible pasa por considerar el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar sus derechos. Esta es la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación. De esta forma la Corte y la Comisión están abordando el tema indígena en la actualidad y es perfectamente compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

III. Límites al goce y el ejercicio de los derechos

La solución planteada en la primera parte de este trabajo no exime la posibilidad de conflictos entre derechos individuales y el interés de la comunidad. En efecto, es posible que el reconocimiento de ciertos usos y prácticas culturales de los miembros de pueblos indígenas genere situaciones que afecten los derechos humanos de quienes componen la comunidad indígena o de quienes se relacionan con ella. Este es el problema central, ya que, de no mediar la especial valoración de los usos y costumbres de las comunidades indígenas, este interés no podría imponerse respecto de los derechos humanos. Se legitima el interés de la comunidad como un elemento a considerar en el juicio de ponderación, como consecuencia del reconocimiento del valor que tienen en una sociedad democrática la multiculturalidad y el pluralismo jurídico. Ejemplos de los conflictos jurídicos que se pueden generar mediando la interpretación culturalmente sensible son los casos de administración de justicia comunitaria, donde las sanciones pueden constituir atentados graves a la vida

o integridad física, o bien, casos de conflicto entre el derecho de propiedad de comunidades indígenas y terceros poseedores de buena fe de los territorios reclamados por las comunidades.

Una versión extrema de la primacía de los usos y costumbres parte de la base de que siempre debe imponerse el interés de la comunidad en caso de conflictuar con sus miembros e incluso con terceros ajenos a la comunidad; esta solución considera que el pacto que sustenta los derechos humanos como límite de la actividad del Estado no les sería oponible a las comunidades indígenas. Esta es una solución extra-sistema (en tanto no reconoce a los derechos humanos como un límite a la autoridad y un elemento de legitimación de la misma) y, por tanto, se encuentra fuera de nuestro acuerdo básico que se sustenta en la existencia normativa de los derechos humanos.

Una solución que se ha propuesto a esta problemática, dentro del sistema de derechos humanos, ha sido establecer ciertos catálogos de derechos al interior de los instrumentos ya existentes para resolver circunstancialmente estos casos. Así, la solución dada en algunos sistemas normativos (el más destacado es el ejemplo de algunos casos de la Corte Constitucional de Colombia) ha sido resolver el conflicto entre derechos individuales y el interés de la comunidad, dando prioridad a esta, salvo en casos en que el derecho afectado sea alguno de este cuerpo pétreo establecido por el propio intérprete. Me parece que esta es una solución que puede traer más problemas que soluciones, al desvirtuar el principio de universalidad, considerando que la casuística nunca abarca todos los problemas que se pueden generar.

Otro ejemplo de solución es el que establece el artículo 190 de la Constitución de Bolivia. Esta señala que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. Sin embargo, se contempla que la jurisdicción indígena originaria debe respetar “el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución” (artículo 190 numeral II). Es decir, se acepta y valora la multiculturalidad y la plurinacionalidad, pero se establece un elemento de legitimidad en el sistema de derechos humanos.

En este mismo sentido, pero en términos algo más amplios y desde la perspectiva internacional, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Yatama vs. Nicaragua”:

La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, *siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención* (párr. 225, énfasis agregado).

La salida que insinúa la Corte es interesante ya que nos permite buscar una solución dentro de la teoría propia del sistema de derechos humanos. Si no tuviéramos una respuesta coherente, tendríamos que reconocer que la teoría de los derechos humanos no sería útil en todos los casos y que es insuficiente frente a los llamados “casos difíciles”.

La teoría de los derechos humanos nos da la respuesta a través de la posibilidad de establecer límites legítimos al pleno goce y ejercicio de los derechos. Es decir, afirmar que el goce y ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad tiene límites, y estos están dados por la imposibilidad —en este ejercicio— de afectar ilegítimamente los derechos humanos de los miembros de las comunidades y de las personas que interactúan con ellas. Es lo que denominaré *universalidad interna*, en línea de lo que ha desarrollado Will Kymlicka en el binomio restricciones internas y protección externa en su teoría liberal del multiculturalismo.

De partida, tenemos una distinción básica: derechos que no pueden ser objeto de límite legítimo (ni suspensión ni restricción de derechos) y aquellos que sí pueden ser limitados, cumpliendo ciertos requisitos. La primera pregunta que surge frente a esta solución es qué derechos serán aquellos que en ninguna circunstancia podrán ser afectados. Esta respuesta también la encontramos en la teoría de los derechos humanos, y podemos pensar en aquellos derechos cuyas restricción y suspensión están prohibidas (por ejemplo, el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y tortura). Esto es iluminador para resolver conflictos que se puedan suscitar al interior de las comunidades

indígenas. Ellos son los casos más difíciles de resolver y, por tanto, requieren una especial sensibilidad, por una parte, para hacerse cargo de las particularidades culturales y permitir por tanto la plena expresión del pluralismo y, por la otra, que el sistema normativo resulte en una efectiva protección de los derechos de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad al interior de las comunidades indígenas. En este sentido, respuestas simplificadas, donde siempre prima la costumbre o lo que las autoridades comunitarias consideran la costumbre, sin considerar los derechos humanos de que son titulares los individuos, no son aceptables si nos tomamos en serio los derechos humanos. Los derechos humanos son un límite al poder, incluso un límite al poder de las comunidades indígenas. Un claro ejemplo de ello es la mutilación genital femenina, en este caso, si esta es una costumbre de la comunidad, es una costumbre que el Estado no puede legitimar y la comunidad tendrá que cambiar dicha costumbre sin posibilidad de escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarla. En el mismo sentido, la protección frente a la violencia contra las mujeres debe ser un límite infranqueable donde las costumbres culturales no pueden justificar dichas prácticas.

La segunda cuestión es determinar los requisitos que deben cumplirse respecto de los derechos que sí pueden ser limitados. Parece razonable considerar que algunos derechos pueden ser limitados legítimamente, cuando su pleno ejercicio pueda poner en riesgo la existencia de la comunidad o la preservación de usos y costumbres que son esenciales para su sobrevivencia. En este sentido, una sociedad democrática que valora la diferencia y el pluralismo debe tener en consideración este elemento a la hora de ponderar los conflictos entre derechos, por una parte, de la persona y, por otra, de la comunidad. Podrían ser atendibles restricciones de derechos que apunten a preservar particularidades culturales de la comunidad, por ejemplo, el derecho de propiedad colectiva, prácticas religiosas, uso de lenguaje tradicional, entre otros.

En lo referente a la relación de las comunidades indígenas con otros miembros de la sociedad, respecto de los cuales puedan presentarse conflictos, es útil considerar la pauta que nos da el derecho internacional de los derechos humanos para determinar cuándo nos encontramos ante afectaciones o restricciones legítimas a los derechos individuales. Es decir, debemos preguntarnos, en cuanto a la legalidad de la restricción, si esta tiene un objetivo legítimo en una sociedad multicultural y si la medida es necesaria en una sociedad democrática, lo que implica analizar la necesidad de la medida,

si es adecuada para el fin que se busca y su proporcionalidad. Un ejemplo de este tipo de análisis lo encontramos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Yakye Axa vs. Paraguay”, donde a propósito de una contienda territorial se aplicaron estos criterios de análisis:

Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar *la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. *Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario*. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad (párr. 217, énfasis agregado).

El hecho de que se consideren como un criterio de análisis en este ejercicio de ponderación los valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario indígena supone valorar a los pueblos indígenas y que su supervivencia sea un eje central al momento de tomar decisiones. Esta cuestión es relevante, ya que, si no consideráramos valioso este elemento, no podría ponderarse en casos de conflictos con derechos humanos. Este criterio se legitima como parte del juicio de ponderación porque se corresponde con la necesidad de la medida en una sociedad democrática, sociedad que debe reconocerse multicultural.

Ahora, soy consciente de que una tesis como la propuesta trae consigo ciertos riesgos. Existe el peligro de desarrollar una línea basada en el centralismo cultural e imponer una visión estricta de lo que puede o no limitarse desde la perspectiva de los derechos humanos. Para prevenir este tipo de situaciones,

lo importante es realizar un escrutinio estricto de las restricciones, siendo el hilo conductor del análisis la valoración de las comunidades y su supervivencia para la construcción de sistemas democráticos inclusivos.

Otra objeción, más radical, puede plantearse respecto del principio de universalidad. Lo primero sería que el principio de universalidad habría de ser inaplicable porque las comunidades no habrían participado del acuerdo base de los derechos humanos; esta objeción no me parece aceptable ya que supone excluir de la protección de los derechos humanos a los miembros de las comunidades indígenas, cuestión que contradice la idea misma de los derechos humanos y que es más bien marginal en el debate actual: sin tener que estar de acuerdo en los fundamentos de este acuerdo, parece haber un cierto “consenso superpuesto” en los derechos humanos como límites para legitimar la actuación de las autoridades, más allá del espacio de competencia de estas (nacional o local o tradicional). La otra objeción sería que la aplicación de este principio de universalidad implica una imposición cultural; efectivamente, es un tema cultural y puede implicar cambios culturales. Esto es esencial en materia de derechos humanos y, más que una objeción, significa el reconocimiento de uno de los efectos de tomarse los derechos en serio.

El desafío es, entonces, como señala José Antonio Rivera, desplegar acciones para adecuar y compatibilizar, por ejemplo, las sanciones impuestas por las comunidades en el ejercicio de la justicia comunitaria, con los estándares mínimos en derechos humanos, evitando la desnaturalización del derecho consuetudinario indígena, pero manteniendo la idea básica de los derechos humanos, cual es, la protección de ciertos mínimos vinculados con la dignidad del ser humano. Este debe ser un proceso dialogado y no impuesto (Neus Torbisco, 2011).

IV. Algunas reflexiones finales

He abordado la problemática del pluralismo jurídico, de manera específica la influencia de la interpretación culturalmente sensible en el goce y el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Una manera de ejercer los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación consiste en superar el paradigma de la neutralidad en la interpretación, incorporando la situación de vulnerabilidad que afecta a las comunidades indígenas y el factor cultural preponderante al análisis. La consideración de estos elementos permite que la aplicación neutral de las normas, que genera situaciones de discriminación,

se atenúe y vaya en la línea de una interpretación evolutiva de los derechos que permita dar concreción al principio de universalidad.

Para lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos es necesario tener en cuenta las particularidades culturales y la forma de goce y ejercicio a partir de las condiciones en que viven las comunidades indígenas. Esto permite en ciertos casos un trato diferenciado justificado, por ejemplo, la aplicación de medidas de acción afirmativa, entre otras. Esta es la aplicación concreta del principio de universalidad, entendido como la plena realización de los derechos de todos y todas, incluidos los miembros de las comunidades indígenas.

Vimos, sin embargo, que esta salida no está exenta de complicaciones y que por ello es importante recalcar que este ejercicio de los derechos sin discriminación no puede implicar afectaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades y de personas que se relacionan con estas. En este sentido, la necesidad de establecer límites es necesaria desde la teoría de los derechos humanos, para precisamente dar efectividad al principio de universalidad y protección, cuidando de no desnaturalizar el derecho consuetudinario indígena ni imponer restricciones que impliquen el desconocimiento de la existencia de sociedades multiculturales. Esta es la aplicación, asimismo, del principio de universalidad, pero ahora al interior de las comunidades indígenas. La aplicación de los usos y costumbres indígenas no puede ser una excusa para violar los derechos humanos de los miembros de dichas comunidades, en particular, de aquellos tradicionalmente excluidos, como mujeres, niños y niñas y personas con capacidades distintas.

El desafío consiste ahora en armonizar estas soluciones en el derecho interno de los Estados y en la práctica jurisprudencial, sin embargo, la teoría de los derechos humanos nos da herramientas satisfactorias tanto desde la jurisprudencia desarrollada por los organismos de protección, como desde los instrumentos internacionales. En consecuencia, una interpretación culturalmente sensible puede darse dentro del paradigma actual de los derechos humanos.

V. Referencias bibliográficas

Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós Ibérica, 1996.

Nash Rojas, Claudio, *El sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009.

Nash Rojas, Claudio y David, Valeska, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Derechos humanos y juicio justo*. Red Interamericana de Formación de Gobernabilidad y Derechos Humanos. Colegio de las Américas (COLAM), Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2010.

Torbisco Casals, Neus, “Beyond the Feminism vs. Multiculturalism Dispute: Towards a Participatory Approach”, *Sexuality and the theory of rights*, Sela, 2011.

Vernengo, Roberto, *La interpretación jurídica*, Serie G, Estudios Doctrinales, n° 19, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

VI. Jurisprudencia

Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Corte IDH. “Caso Yatama vs. Nicaragua”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH. “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

El pluralismo jurídico en América Latina. Algunas reflexiones

Jesús M. Casal*

I. Introducción

Desarrollar el tema del pluralismo jurídico en América Latina es un compromiso enorme que tal vez exceda mis fuerzas, pero que asumo en el entendido de que solo intentaré plantear algunas líneas de reflexión que creo conviene profundizar para el tratamiento de la temática del pluralismo jurídico en su relación con los derechos humanos. No pretenderé, pues, hacer una exposición panorámica sobre la situación al respecto existente en los diversos países de la región, sino más bien señalar algunas tendencias jurisprudenciales y ciertos desafíos conceptuales, los cuales, aclaro, se suscitan en un estudio del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos que observa con enorme interés los procesos que en este campo tienen lugar en varios ordenamientos latinoamericanos, con una intensidad mayor a la que ha sido alcanzada en el Derecho venezolano. Son además reflexiones que no aspiran a ser las de un experto en una temática tan rica y compleja como la del pluralismo jurídico y la multi o interculturalidad en sociedades heterogéneas, integradas también

* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y Director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Profesor de los Cursos de Doctorado de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Comisión Andina de Juristas.

por pueblos indígenas, sino que provienen de una aproximación iluminada y motivada principalmente por el Derecho de los Derechos Humanos.

Un punto de referencia importante en la formulación de estas ideas será la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Abordaré, por tanto, algunos desafíos teórico-prácticos en relación con el pluralismo jurídico y los derechos humanos, en el contexto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. No siempre se trata de desafíos conceptuales que considere reales o verdaderos por los nuevos o acuciantes problemas que puedan llevar aparejados, sino también, a veces de manera entrecruzada con los primeros, de retos asociados a las dificultades que, por el influjo de la cultura jurídica predominante u otras razones, surgen en los operadores jurídicos o estudiosos de la disciplina, sin que ello se corresponda con el estado actual de la ciencia de los derechos humanos.

Antes es preciso recordar una atinada observación:

La historia de la lucha por la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas frente a la ocupación colonial o a la discriminación, marginación o despojo de manos de los Estados nacionales que se independizaron de las respectivas metrópolis coloniales, es de larga data. Sin embargo, la vinculación de esta causa con el marco conceptual y normativo de los derechos humanos se remonta a las últimas décadas [...].¹

Los estudiosos de los derechos humanos no debemos perder de vista esta constatación sencilla pero que en ocasiones se nos escapa. Desde nuestra visión parcial de los fenómenos socio-históricos podemos pensar que los derechos humanos han seguido, en relación con los pueblos indígenas, el mismo recorrido que en otras materias en las cuales se ha producido una notable evolución: a medida que una situación se hacía problemática para la preservación de la dignidad humana en determinadas coordenadas históricas, surgía la necesidad de reconocer y proteger nuevos “derechos humanos”. Esta

¹ Cfr. Trabucco Zerán, Alia (ed.), *Derechos Humanos hoy*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2008, p. 137.

tendencia es apreciable en relación con el derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo, razón por la cual no es extraño que los revolucionarios franceses o norteamericanos no lo hayan incluido en sus precursoras declaraciones de derechos. En cambio, el itinerario ha sido otro en relación con los derechos de los pueblos indígenas, ya que mucho antes de que fueran dictadas esas declaraciones de derechos, asumidas no en el sentido del Derecho Internacional sino del movimiento hacia el reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano, que primero siguió la ruta de la constitucionalización, los pueblos indígenas sufrían realidades de explotación, discriminación o desconocimiento, sin que ello generara especial inquietud desde los postulados de esos derechos naturales. Tal vez la visión misma imperante de esos derechos naturales favorecía el eclipsamiento, la minusvaloración o la negación de la diversidad cultural, aunque no voy a entrar ahora en este tema. Lo que quiero destacar es que desde entonces y por más de una centuria los derechos fundamentales fueron por lo general indiferentes ante esta problemática contraria a la misma dignidad humana, cabalmente interpretada, que servía de base a la construcción teórica general.

Y lo que vengo afirmando respecto de la fase de reconocimiento interno y constitucionalización de los derechos vale en alguna medida en lo concerniente a la protección internacional. No deja de ser llamativo que los primeros instrumentos convencionales de alcance universal referidos a los pueblos o comunidades indígenas se hayan originado en la OIT, en paralelo a los cauces específicamente orientados a la protección de los derechos humanos en general e incluso con una cierta singularidad respecto del mandato propio de esa organización. Los enormes obstáculos vividos durante la preparación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ilustran de igual modo lo planteado. De ahí que sea pertinente recoger la opinión del abogado Robert Coulter, quien participó en la elaboración de la citada Declaración de las Naciones Unidas, cuando afirma que:

Debimos recurrir principalmente al derecho internacional, debido a la necesidad de mejorar y superar ciertas leyes y prácticas nacionales, pero también movidos por el deseo de recuperar un lugar para los pueblos indígenas en la comunidad internacional. No obstante, paralelamente fuimos aprendiendo que el derecho internacional de los derechos hu-

manos no cubría todas las necesidades de los pueblos indígenas y que, en consecuencia, éste también debía ser mejorado.²

Ello indica que la propia formulación de esa relevante e innovadora Declaración estuvo inspirada por el propósito de acomodar los derechos humanos a las exigencias preexistentes de una larga lucha por visibilizar la identidad y las angustias de los pueblos indígenas, y esa finalidad fue en parte lograda.

Estas consideraciones preliminares son imprescindibles para entender que el “encuentro” entre las luchas de los pueblos indígenas por obtener un respeto a su dignidad y a su identidad individual y colectiva y el pensamiento de los derechos humanos debe conducir a una mutua observación, reconocimiento y aprendizaje. Desde esta óptica no es extraño que algunas exigencias ligadas a la protección de esa identidad conduzcan a la revisión de categorías consolidadas en el mundo clásico de los derechos. Al mismo tiempo, estimo que la riqueza de la progresión de los derechos humanos, la nobleza de su materia prima y de sus principios medulares permiten hallar, en su acervo técnico y axiológico, los fundamentos para una adecuada recepción, o, más bien, para una fructífera alianza con la cosmovisión y las demandas de los pueblos indígenas. Pasaré ahora a enunciar los asuntos objeto de reflexión, que no serán expuestos con afán sistemático.

II. El punto de partida en el análisis

El punto de partida es importante en el abordaje de cualquier asunto. Y en ocasiones sucede que, en la aproximación al tema de los derechos humanos y su apertura a la cosmovisión indígena, sale a relucir de inmediato, como planteamiento que pretende resolver una discusión antes de que haya podido sostenerse racionalmente, la reserva ante casos en los que algunas costumbres de los pueblos indígenas contrastan con el respeto a la integridad física de las personas o con la igualdad entre el hombre y la mujer. Este acercamiento al tema resulta, en mi opinión, equivocado. Pudiera responder a la resistencia a revisar conceptos establecidos, a la renuencia a examinar cuestiones complejas asociadas a esa tensión entre la visión original de los derechos y los reclamos, enraizables en los mismos cimientos de los derechos humanos, provenientes del mundo indígena.

² *Ibíd.*, p. 140.

El punto de partida debe estar en la aspiración legítima de cada persona a ser reconocida por lo que es y cómo es y a seguir siéndolo, como referencia metanormativa y, a la vez, en distintas piezas del Derecho de los Derechos Humanos que apuntan en la misma dirección. El Derecho Internacional y, en particular, el Derecho de los Derechos Humanos concibieron tempranamente una protección de los derechos de las minorías nacionales o étnico-culturales, lo cual comprende la garantía del derecho de los grupos correspondientes a preservar la identidad cultural. Esta admisión y este respaldo normativo de la diversidad cultural contienen elementos afines a las aspiraciones de los pueblos indígenas relacionadas con su libre determinación. El derecho a ser diferente es un denominador común entre la protección de las minorías culturales y el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. La diferencia en el alcance de ese derecho en uno y otro casos es significativa, no solo en lo cuantitativo, pero lo que pretendo es subrayar que desde las categorías ya desarrolladas en el ámbito general de los derechos humanos hay un punto de partida para la discusión del pluralismo jurídico que debe orientar el análisis del tema en una forma distinta de la antes indicada.

Desde el derecho a ejercer la diversidad cultural las costumbres tradicionales y reiteradas de los pueblos indígenas para la resolución de sus conflictos ellos gozan de una cierta presunción a su favor, en tanto y en cuanto expresión de las diferencias culturales que se pretende amparar. Esa protección de la diversidad tiene, sin duda, límites pero el punto de partida es el del reconocimiento de la autonomía para la organización política, la solución de controversias y la regulación de la convivencia.

Dicho de otra forma, la lucha por el reconocimiento de la diversidad cultural y la libre determinación de los pueblos indígenas tiene anclaje no solo en razones históricas, políticas o éticas sino también en los propios derechos humanos. Los derechos humanos no aparecen solamente en la escena para hacer valer ciertos límites a esa autonomía o a esa diversidad, sino que antes exigen respetar el disfrute de estas. Ello en virtud de las bases conceptuales establecidas en el contexto de la protección de las minorías y de la protección de la diversidad cultural, sobre las cuales las reivindicaciones de las organizaciones y movimientos indígenas han contribuido a erigir un conjunto de principios más ambicioso que rompe con los moldes de la tutela de minorías y pone el énfasis en el protagonismo de los pueblos indígenas para definir, en uso de su libre determinación, sus formas de vida. Este apalancamiento

de la propia identidad, impulsado por esas organizaciones y movimientos, ha permitido mejorar el Derecho de los Derechos Humanos, en el sentido antes señalado por Robert Coulter, y tampoco puede ser ignorado en la aproximación científica al tema del pluralismo jurídico.

El mejor reflejo de estos avances es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual invoca como fundamento la igualdad entre los pueblos indígenas y los demás pueblos, así como “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”, y con apoyo en estas y otras premisas proclama el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (artículo 3°). Por tanto, esta declaración pone a los pueblos indígenas en posición de igualdad frente a los demás integrantes de la comunidad política agrupada en el Estado, con lo cual el derecho a la libre determinación adquirió un matiz hasta entonces obviado, o por lo menos no explícito en los instrumentos internacionales, como es la consagración de un derecho a la libre determinación al interior de un Estado y no como cimiento o justificación para la construcción o establecimiento de un Estado. Todo esto pertenece al enriquecimiento de los derechos humanos que va de la mano del reconocimiento de los pueblos indígenas en su identidad.

Los casos extremos o difíciles en el contexto del reconocimiento de la diversidad cultural y de la protección de los (demás) derechos humanos deben ciertamente ser abordados, pero pienso que, después de haber recorrido un camino que arranca en el derecho a ser diferente, las conclusiones pueden ser distintas de las surgidas en un principio a menudo bajo el influjo de prejuicios, y los casos que parecían irresolubles y abonaban la tesis de la incompatibilidad estructural pueden ver mitigada su tensión o contraposición y animar a un acercamiento más constructivo. Las dificultades subsistentes han de ser asumidas desde una perspectiva bidireccional o abierta.

III. Entre el giro copernicano y la revisión acumulativa

Otra actitud algo frecuente en el tratamiento del pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas consiste en visualizar o presentar los desafíos conceptuales que se plantean como una problemática completamente nueva, caracterizada por la dificultad de arrostrarlos desde las categorías, máximas o principios habituales en el análisis jurídico de los casos de derechos humanos.

También aquí creo que hay que captar la multidimensionalidad del proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. El estudio del pluralismo jurídico plantea sin duda retos nuevos y con seguridad algunos de ellos no puedan afrontarse debidamente sin un replanteamiento de base en conceptos tradicionales sobre el papel del Estado y la función del Derecho. Pero al mismo tiempo hay muchos temas que pueden ser abordados desde la revisión de categorías clásicas que han de ser adaptadas para responder a las exigencias del pluralismo jurídico. Así, por ejemplo, a veces se señala que los derechos de los pueblos indígenas rompen con los esquemas consolidados de los derechos humanos por tratarse de derechos colectivos, que rivalizan con los derechos individuales hasta el punto de agotar el espacio para una convivencia entre las categorías. Esta aproximación no es del todo certera.

Los derechos humanos no son solo de corte individual, pese al individualismo de la primera oleada de los derechos fundamentales. La evolución en la materia ha conducido a una potenciación de los derechos sociales, los cuales tienen una importante dimensión colectiva. La emergencia de estos derechos sociales como verdaderos derechos dotados de justiciabilidad no ha dejado de suscitar debates, pero ello no ha impedido que se afiance la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos.

Por otro lado, la situación de tensión que se plantea entre derechos colectivos de los pueblos indígenas y derechos individuales de los miembros de la comunidad no es del todo ajena a la teoría de los derechos humanos. Algunos derechos que hoy pueden considerarse clásicos como la libertad sindical tienen una titularidad colectiva y pueden suscitar conflictos entre la voluntad colectiva expresada por organizaciones sindicales y la voluntad individual de algunos trabajadores, cuyos intereses o preferencias pueden no ser coincidentes con aquella. Y los casos de tensión pueden resolverse con las herramientas conceptuales conocidas. Además, la titularidad colectiva de derechos humanos no es nueva, como lo demuestran los instrumentos que proclaman el derecho al desarrollo, a la paz o a la democracia.

Ciertamente, la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas en clave de libre determinación puede generar problemas de singular intensidad en lo concerniente a las relaciones entre las decisiones o acuerdos de la comunidad y algunos derechos humanos de sus integrantes, pero parece posible atenderlos con piezas jurídicas pertenecientes al constitucionalismo de nuestro tiempo, con apoyo en los principios jurídicos, en las técnicas de la ponderación

y la proporcionalidad, como lo pone de manifiesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia. En este marco es pertinente la alusión de José Antonio Rivera al Estado neoconstitucional intercultural.

Algo similar sucede con la noción del universalismo de los derechos humanos. No es equiparable la visión original de los derechos “del Hombre” como derechos naturales de un ser humano pretendidamente abstracto o uniforme a la que abrió brechas en la segunda parte del siglo XIX, ni a la que predomina desde el último tercio del siglo XX, con una ramificación de instrumentos de derechos humanos que atienden a situaciones concretas, subjetivas u objetivas, en que se insertan los titulares de los respectivos derechos. La admisión de una universalidad de los derechos que abraza la diversidad no representa necesariamente un corte abrupto con estas orientaciones.

En suma, pareciera recomendable apostar a la revisión, ensanchamiento o apertura de categorías ya conocidas para adecuarlas a las exigencias del pluralismo jurídico o, en otras palabras, para afinarlas frente a un contexto y una problemática distintos. Ello en paralelo a la reflexión-acción referida a un replanteamiento de contenidos institucionales que, de nuevo, vistos en medio o al final del camino se visualizarán de forma distinta, no solo porque el sujeto haya podido modificar la posición inicial, sino también porque, entretanto, la propia realidad puede haber sido cambiada, en ese recorrido, con una profundidad mayor a la esperada por muchos.

IV. La interpretación intercultural

Un tema de enorme interés es el de la interpretación intercultural como manifestación del pluralismo jurídico. En el caso venezolano la legislación sobre los derechos de los pueblos indígenas alude expresamente a la interpretación intercultural de los derechos humanos, planteando de esta forma grandes desafíos que aún no han sido asumidos de modo frontal por la jurisprudencia.

Este es un terreno fundamental en la definición de las verdaderas implicaciones del pluralismo jurídico. La manera como se conciba la interpretación de las cuestiones asociadas a los derechos de los pueblos indígenas y al pluralismo jurídico determina en buena medida el alcance que este puede tener. Un primer paso hacia el reconocimiento de este pluralismo es la llamada interpretación culturalmente sensible. En una versión débil o mínima de esta forma de interpretación predomina una visión de los pueblos indígenas como minorías o como sectores especialmente vulnerables. Este enfoque es-

tuvo presente en una primera etapa de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a veces salen a relucir resabios de él en algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que vinculan el respeto a las costumbres de las comunidades indígenas con su especial vulnerabilidad.

En una versión más fuerte de la interpretación culturalmente sensible, que linda con la interpretación intercultural, la significación de los derechos humanos debe fijarse teniendo en cuenta la identidad cultural de los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte Interamericana sostuvo, en el “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (Sentencia de 17 de junio de 2005), que:

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

Esta sentencia, aunque en algunos pasajes acude de nuevo al argumento de la especial vulnerabilidad, que es relevante desde la perspectiva de los derechos humanos pero que no es el fundamento de la interpretación intercultural ni de una interpretación culturalmente sensible fundada en el respeto a la diversidad, ilustra sobre las implicaciones de esa forma de interpretación. Así, al desentrañar el sentido y la relevancia de la adquisición de la personalidad jurídica por las comunidades indígenas sostuvo que:

[...] el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.

Y luego, al interpretar el derecho de propiedad garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siguiendo su jurisprudencia anterior, afirmó que:

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho.

Y añadió que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

Es decir, la Corte delineó el contenido del derecho de propiedad atendiendo a la cosmovisión indígena, como lo venía haciendo desde sus primeros

pronunciamientos sobre el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva, tal como lo ilustra el “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” (Sentencia de 31 de agosto de 2001).

Junto a la delimitación de su contenido, el otro campo en el cual la Corte Interamericana ha desarrollado con fecundidad esta interpretación abierta es el de la determinación de la condición de víctima por violaciones a derechos humanos, así como de la magnitud de la lesión sufrida, de los daños que deben ser reparados y de las formas de reparación que son consideradas aceptables.

La sentencia dictada en el “Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, de 25 de mayo de 2010, representa una profundización de los criterios al respecto vertidos desde el “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname”, acerca de la especial severidad que ostentan los desplazamientos forzados cuando afectan a las comunidades indígenas. En particular, en ella se pone de manifiesto, en consonancia con la jurisprudencia general de la Corte Interamericana en materia indígena, la trascendencia que posee para los indígenas la conexión con el territorio en el que tradicionalmente han habitado.

De ahí que la Corte haya establecido en el caso señalado que el desplazamiento forzado de miembros de la comunidad indígena maya, en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, “provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral”. De esta forma se tuvo en consideración su condición de indígenas mayas al momento de apreciar la existencia y la gravedad de una violación al derecho de circulación y residencia.

Otro aspecto resaltante del caso estriba en que la vulneración de este derecho fue analizada atendiendo a la íntima relación que en las circunstancias concretas había entre ese derecho y los derechos a la protección de la familia y del niño (artículos 17 y 19 de la Convención). Aquí salió nuevamente a relucir la especificidad de la cosmovisión indígena, en particular en cuanto a los daños causados a los niños indígenas, que requieren de manera especial formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, porque poseen una identidad que los vincula con su tierra y otros elementos asociados a ella.

Un área en la que falta un desarrollo jurisprudencial equiparable de la Corte Interamericana es la del examen de la limitación o restricción de derechos de miembros de la comunidad indígena en virtud de decisiones adoptadas por sus autoridades legítimas. Este es un asunto que pudiera ser judicializado

ante el sistema interamericano en razón de la obligación de garantía de los derechos humanos que tienen los Estados.

La enunciación de dos asuntos complejos que pueden surgir en estas coordenadas me permitirá subrayar la trascendencia de la interpretación abierta o intercultural. De acuerdo con las exigencias generales de la Convención Americana en materia de limitación de derechos, debería existir una ley nacional que ofrezca fundamento a la limitación de derechos humanos de miembros de la comunidad indígena, por decisiones de sus autoridades naturales ejecutivas o judiciales. No una ley material reguladora sino una ley de remisión. La regulación como tal nacería del derecho consuetudinario indígena. Y no es descartable que se alegue ante tribunales nacionales encargados de la protección de derechos la vulneración de algún derecho humano por autoridades indígenas a causa de la ausencia de una norma consuetudinaria que le proporcione base normativa. Una base normativa que tendría que ser interpretada desde adentro, es decir, desde los parámetros del derecho indígena. Este es un terreno propicio para la aproximación intercultural.

Por otro lado, una cuestión crucial es la de los límites de los límites, esto es, la de aquellas limitaciones que en ningún caso pueden ser aceptadas. A mi juicio, este asunto debe resolverse también desde los principios generales, aunados a una lectura intercultural. En este sentido, el principio de proporcionalidad debe orientar la solución de colisiones entre derechos individuales e intereses colectivos y será habitual efectuar ponderaciones iluminadas por el contexto cultural. Sin embargo, hay un reducto de dignidad humana que debe quedar a salvo de toda limitación, en ocasiones rescatable a través de la categoría del núcleo esencial de los derechos, visto no como contenido fijo abstracto sino en una perspectiva más dinámica. La delimitación de esas manifestaciones intocables de la dignidad ha de tener en cuenta también la lectura intercultural, sin renunciar a su condición de barrera infranqueable.

Al mismo tiempo, hay derechos que nunca pueden ser objeto de suspensión o restricción según la Convención, pero ellos en modo alguno son ni el único límite de los límites, como acabo de decir, ni están exentos, por otro lado, de una lectura intercultural. En relación con ellos el límite insuperable es el que separa la interpretación de la restricción, ya que esta última no es admitida en ninguna circunstancia en relación con estos derechos. Por ello, un margen para la interpretación culturalmente abierta o sensible es posible

y, de hecho, la interpretación de conceptos no es inusual en la práctica jurisprudencial referida a estos derechos.

V. Reflexión final

Son muchos los desafíos que plantea el pluralismo jurídico desde los derechos humanos y frente a los derechos humanos. Conviene sumar esfuerzos para sacar a relucir todo su potencial creador y dignificador, al tiempo que se precisan sus alcances y, desde el punto de partida antes indicado, sus límites. La experiencia boliviana es precursora en muchos aspectos y esperamos que se consoliden los cauces que faciliten la vigencia efectiva de esta Constitución intercultural y plurinacional.

SEGUNDA PARTE

**INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA
RELEVANTE EN MATERIAS DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Dos casos complejos y relevantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia argentina

Víctor Bazán*

I. Preliminar

En el marco de la consigna estipulada para este sector de la publicación, que apunta a un informe jurisprudencial sintético sobre aspectos de la justicia constitucional y los derechos fundamentales, abordaremos en breves líneas dos fallos importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte o Corte Suprema), órgano máximo de justicia constitucional en la Argentina, dictados en el curso de 2012.

Se trata de dos de los pronunciamientos más significativos emitidos en dicho período, que ofrecen perfiles interesantes, abordan problemáticas complejas y abren relevantes interrogantes de cara al futuro.

Nos referimos a: *i)* “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”,¹ de 13 de marzo de 2012, en el que el tribunal efectuó importantes (y no menos conflictivas) elaboraciones interpretativas respecto de la hipótesis de aborto no punible en los términos del artículo 86, inc. 2º, parte 1ª, del Código Penal de la Nación (C.P.N.); y *ii)* “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras Universidades argentinas y extranjeras.

¹ Fallos, 335:197.

s/ Amparo”,² de 24 de abril de 2012, respecto al derecho a la vivienda y otros derechos fundamentales que aquejan a personas en “situación de calle”.

II. Las sentencias por examinar

1. “E., A. L.”

A) La progresión fáctico-jurídica del caso muestra que la madre de una niña de quince años de edad (A. G.) solicitó a la justicia de la provincia del Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de aquella, víctima de una violación perpetrada por su padrastro. El Superior Tribunal de Justicia provincial revocó lo resuelto en primera y segunda instancias, e hizo lugar a lo solicitado por entender que la medida autosatisfactiva encuadraba en el supuesto de aborto no punible reglado en el artículo 86, inc. 2º, parte 1ª, del C.P.N. Contra esta sentencia, el tutor *ad litem* y asesor de familia e incapaces interpuso recurso extraordinario federal en favor de la persona por nacer, pese a que la práctica médica interruptiva del embarazo ya había sido practicada. Por mayoría, la Corte Suprema confirmó la decisión impugnada.³

B) En primer lugar, y pese a que el alto tribunal podría haber considerado “abstracta” la cuestión sometida a juzgamiento, por cuanto la intervención abortiva ya se había realizado, es de destacar que igualmente juzgó necesario decidir los asuntos propuestos aun sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento, “mas con la finalidad de que su criterio fuera expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudieran presentarse en el futuro” (consid. 5º *in fine*, de la mayoría).⁴

De hecho, dictó una resolución que contiene la interpretación de una norma del C.P.N. *con efectos generales*, por lo que obviamente el

² Fallos, 335:452.

³ La mayoría estuvo integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, mientras que en sendos votos concurrentes se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

⁴ Salvo expresa alusión en contrario, las referencias que se realizarán en el texto se concentrarán en el voto mayoritario.

decisorio presenta un *valor exógeno* y transmite un claro mensaje a jueces y demás operadores jurídicos, además de a otras autoridades públicas y profesionales de la salud. Pero el tribunal no se detiene allí, sino que incluso exhorta a la prefiguración y puesta en práctica de políticas públicas para efectivizar las pautas que sienta en el fallo.

C) Antes de examinar la exégesis del artículo 86, inc. 2º, del C.P.N., es preciso transcribirlo:

[...] el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
- 2º) *Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.* En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto [justamente la parte en cursivas fue la que interpretó la Corte Suprema en el caso] (énfasis agregado).

Al respecto, la Corte consideró:

- que el supuesto de aborto no punible contemplado en dicho segmento del artículo comprende al que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, ello en virtud de la interpretación amplia del precepto legal (consid. 18, párr. 1º);
- que lo anterior es así porque de la mera lectura de aquel tramo de la norma se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a si *el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*, previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza; esto es, la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente” (consid. 18, párr. 5º); y
- que el art. 86, inc. 2º, del C.P.N., en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del art. 119 del mismo

cuerpo legal), “diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer ‘idiota o demente’. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el ‘atentado al pudor’ no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice ‘violación’ también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, ‘violación’ se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no ‘idiotas ni dementes’. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia)” (consid. 18, párr. 8º).

- D) Luego de haber interpretado de un modo amplio aquella norma del C.P.N., la Corte sostuvo que correspondía detenerse en lo acontecido en el caso con la joven A. G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a *obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación* (consid. 19, párr. 1º). Al respecto, indicó que la

[...] judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional⁵, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente *porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras* (consid. 19, párr. 2º) (énfasis agregado).

⁵ Práctica que, en el consid. 19, párr. 3º, de la mayoría, se cataloga como *contra legem*.

E) Para completar esta visión panorámica del fallo, retrataremos otras premisas que surgen de él:

- la mujer que se encuentre en las condiciones descriptas en la norma penal citada no puede ni debe ser obligada a solicitar una *autorización judicial para interrumpir su embarazo*, puesto que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a su interrupción, dado que ello, *lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible* (consid. 21);
- aquella exigencia supeditaría *el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador* en el artículo 86, inc. 2º, del C.P.N., a un *trámite burocrático, innecesario y carente de sentido* (consid. 23);
- respetar lo preceptuado por el artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional⁶ (C.N.) significa que el aborto no punible es aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta”, circunstancia esta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta (consid. 24, párr. 1º);
- desechada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, *la insistencia en conductas como la señalada* (solicitud de consultas, dictámenes, autorizaciones o denuncias al violador) no puede sino ser *considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud*, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar (consid. 24, párr. último);
- es el *Estado, como garante de la administración de la salud pública*, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica, *las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura* (consid. 25);

⁶ Tal tramo del artículo 19 constitucional expresa: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

- distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos del Niño) se han pronunciado censurando al Estado argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (consid. 26);
- la víctima de la violación (niña, adolescente o mujer) o su representante deben manifestar ante el profesional tratante, *declaración jurada mediante*, que aquel ilícito es la causa del embarazo, *toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente, pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal* (consid. 27, párr. 2º);
- si bien el tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos *no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud* (consid. 28);
- la Corte exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, *protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos* (consid. 29);
- entre otras exigencias, el tribunal establece que deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su *derecho de objeción de conciencia*, sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio (consid. 29); y
- *los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones deberán implementar campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación*, además de capacitar a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual, brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que

les permita acceder, de manera oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la causa (consid. 31).⁷

F) Sin duda, la Corte ha tratado cuestiones sumamente controversiales, tocando puntos sumamente sensibles.

Suena un tanto simplista afirmar que se limitó a interpretar un artículo del C.P.N. En realidad, el tribunal ha hecho mucho más que eso; ha emitido el primer fallo sobre aborto con su actual composición.⁸ Y lo ha efectuado avanzando hasta las mismísimas fronteras que separan los territorios judicial y legislativo, sede esta última en la que en su momento debería desarrollarse un debate profundo, serio y fundado sobre tan dilemático tema.

⁷ Estrechamente vinculado a “F., A. L.” se ubica el caso “Pro Familia Asociación Civil c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Impugnación de actos administrativos” (Competencia n° 783.XLVIII), resuelto unánimemente por la Corte el 11 de octubre de 2012, votando los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni, Argibay y Maqueda. La actora promovió demanda contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) con el propósito de que se declarara la nulidad de la Resolución n° MSGC-1174/07, por la cual dicho Estado había aprobado un reglamento que fijaba el “Procedimiento para la atención profesional frente a solicitudes de prácticas de aborto no punibles —art. 86, incs. 1° y 2°, del Código Penal—”. La Corte Suprema ordenó suspender la ejecución de la medida cautelar dictada por la Justicia Nacional en lo Civil en la causa “Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Familia s/ Acción declarativa”, y hacer saber a las autoridades de la CABA con carácter urgente, que ante el pedido de realizar el aborto no punible de que se trataba, deberían proceder a la práctica con prescindencia de la resolución judicial que suspendió su realización. Cabe aclarar que en la solicitud de suspensión del aborto no punible, la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA y la Justicia Nacional en lo Civil asumieron competencia dictando resoluciones que podrían resultar contradictorias —una rechazando la cautelar dirigida a suspender la práctica abortiva y la otra, acordándola—, situación que la Corte Suprema entendió como habilitante para adoptar las medidas necesarias y apropiadas en orden a evitar consecuencias que comprometerían hondamente la administración de justicia. Por último, acotó que frente a lo que decidiera mayoritariamente *in re* “F., A. L.”, la solución que establecía en “Pro Familia” era “la demostración más concluyente del modo en que ha de realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el tribunal para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles” (consid. 7°).

⁸ Al momento de confeccionar este trabajo la Corte Suprema está integrada por los siguientes siete ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Una vez que se produzca la cesación en sus funciones de dos de los ministros de ese septeto, no se cubrirán tales cargos sino que el tribunal quedará compuesto con cinco (5) integrantes, que es el número institucionalmente fijado por la Ley n° 26.183 (B.O. de 18 de diciembre de 2006).

Es un dato de la realidad que anualmente mueren en nuestro país numerosas niñas, adolescentes y mujeres por abortos clandestinos, practicados sin las más mínimas condiciones de higiene y seguridad. Sin embargo, tampoco puede negarse que existe un claro déficit en la implementación y la ejecución de políticas públicas consistentes, que eduquen y ayuden a la mujer a evitar embarazos no deseados.

- G) Intentando un balance provisional del fallo, surgen más interrogantes que certezas. Si hipotéticamente partiéramos de una plataforma de coincidencia con la interpretación que el tribunal realiza del artículo 86, inc. 2º, del C.P.N., no podría sino concordarse con lo resuelto en cuanto a que es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que debe asegurar, a quien solicita la práctica abortiva (cumpliendo los recaudos establecidos), *las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura.*

En igual sentido, y bajo la misma condición de eventual acuerdo con la solución construida por el alto tribunal, parece correcta la decisión de dejar a buen resguardo el *derecho a la objeción de conciencia de los médicos*, pues la cuestión es verdaderamente compleja.

Un punto interesante del fallo (fundamentalmente de cara a futuros casos sobre otras temáticas) se conecta con el empleo de construcciones gramaticales como las de la *interpretación de normativa constitucional y convencional*; la existencia de *garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación*, etcétera. Ello denota que continúan permeando en el lenguaje de la Corte los influjos de las ineludibles obligaciones surgentes del control de convencionalidad que ya acogiera, por ejemplo, en “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad”,⁹ de 13 de julio de 2007, y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”,¹⁰ de 31 de agosto de 2010.

⁹ Fallos, 330:3248. Los alineamientos fueron: por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

¹⁰ Fallos, 333:1657. Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

No menos importante (también pensando en términos prospectivos respecto de otras causas) es que el tribunal no se haya atrincherado tras la seductora comodidad que le ofrecía la posibilidad de catalogar que la cuestión había devenido “abstracta” y, así, evitar embarcarse en una decisión en torno a un asunto tan controversial como delicado y polifacético, que involucra infaustos dramas como los conectados con la violación a una mujer, el embarazo producto de aquella y el aborto. Otra premisa que puede extraerse del fallo es que el alto tribunal no ha negado que el comienzo de la vida humana sea desde la concepción. Con todo, surgen numerosos puntos de discusión, quedan flotando varios interrogantes y se plantean potenciales problemas prácticos. Por ejemplo, ¿no faltó en la argumentación algún ejercicio ponderativo explícito de los derechos, principios y valores en juego y en pugna? ¿El conflicto entre la salud de la madre y la vida de la criatura por nacer no merecía alguna fundamentación más fuerte del tribunal (fuera del solitario tratamiento que dedica al asunto la ministra Argibay en el consid. 14 de su concurrencia)? ¿Es sustentable el recurso al principio *pro homine* [aunque preferimos hablar de principio *pro persona*], inclinándolo a favor de la salud y la autonomía personal de la madre, sin mencionar nada respecto de los derechos del *nasciturus* (en cuyo beneficio, en abstracto, también podría haberse inclinado aquel canon hermenéutico)? Cuando uno de los bienes comprometidos en la cuestión es el derecho a la vida, ¿es adecuado que la norma objeto de análisis en cuanto a su aplicabilidad sea objeto de una *interpretación expandida*, si uno de los potenciales resultados de tal operación hermenéutica puede ser contrario a aquel derecho fundamental? La impronta de ese criterio de interpretación extendida, ¿podría trasladarse al artículo 86, inc. 1º, del C.P.N.?

En esa línea dilemática, cuando la Corte explica que de la Constitución y los tratados internacionales que la integran no se puede sino sostener la interpretación que plasma en el fallo, ¿habrá tomado en consideración que, *mutatis mutandis*, el artículo 75, inc. 23, párrafo segundo, de la C.N. impone una protección reforzada al niño “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza

elemental”¹¹? ¿Es verdaderamente suficiente una *declaración jurada* para habilitar el aborto?¹² Si la declaración jurada fuera un elemento cabalmente confiable, ¿por qué razón la Corte advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”? ¿Qué sucedería en un supuesto de duda acerca de la veracidad de la pretendida violación a la que refiere la declaración jurada? ¿Es defendible la lectura que la Corte hace en cuanto a que el artículo 2° de la Ley n° 23.849 (que estipula que el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño —CDN— debe interpretarse en el sentido de que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*) no constituye una reserva en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino una (mera) declaración interpretativa sin consecuencias jurídicas desde el prisma del derecho internacional? Estas y muchas cuestiones seguramente alimentarán el debate y la polémica en el marco de una problemática que lejos está de ser pacífica.

2. “Q. C., S. Y.”

- A) La base fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle*, residente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) desde 2000, dedujo una acción de amparo para que el Gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica. Además, peticionó que se les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

¹¹ El artículo 75 constitucional, que establece las competencias del Congreso de la Nación, dispone en su inc. 23, párrafo segundo: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral *en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental*, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” —énfasis agregado—.

¹² La ministra Argibay habla de un “permiso jurídico”, que demanda que los médicos a quienes sea requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención —consid. 15 de su voto concurrente—.

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Esta fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.¹³

- B) La plataforma subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativa de una “situación de calle”; los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la vivienda y a la salud y los que corresponden a un menor en función de su estado de discapacidad); e, *inter alia*, el control judicial de razonabilidad de las políticas públicas.

En relación con derechos fundamentales como los que estaban en juego en el caso (por ejemplo, el de acceso a la vivienda digna), el tribunal manifestó que ellos consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con las siguientes características: *i*) no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad* (consid. 10 de la mayoría); *ii*) esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo* (ibíd., consid. 11) y *iii*) están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (ibíd., consid. 12).

En torno a la nombrada *operatividad de carácter derivado*, agregó que esta significa que, en principio, *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización*, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como, por ejemplo, la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y también los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo, que es el Estado, y el legitimado pasivo indirecto, que es el resto de la comunidad, la que en definitiva soporta la carga (ibíd., consid. 11).¹⁴

¹³ Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

¹⁴ En similar sentido se expidió la Corte Suprema en ‘A.294.XLVII y otros - Recursos de hecho’, particularmente “A. R., E. M. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, de 11 de diciem-

C) El estándar que la Corte elaboró instrumenta un *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado*, dejando en claro que la razonabilidad significa entonces que, “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad*” (ibíd., consid. 12, anteúltimo párrafo) (énfasis agregado).

De su lado, consideró

[...] evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que *ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere*. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la Ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente (consider. 13, *in fine*) (énfasis agregado).

El tribunal depara un criterio hermenéutico interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas*

bre de 2012. Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda; mientras que por su voto lo hizo el juez Petracchi. Se ordenó a la demandada que garantizara el derecho a la vivienda respecto de varias personas en “situación de calle”, al estimar que las cuestiones planteadas resultaban sustancialmente análogas a las consideradas y decididas en “Q. C., S. Y.”. En concreto, dispuso que aun en forma no definitiva, la accionada debía proporcionar alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. A su tiempo, en A.662.XLVII y otros -Recursos de hecho-, concretamente “A. P., L. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Amparo”, de 11 de diciembre de 2012, el tribunal (con voto coincidente de los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) juzgó que las cuestiones suscitadas en las actuaciones en las que se promovían los recursos extraordinarios, cuya denegación motivara las quejas, no guardaban sustancial analogía con las examinadas en “Q. C., S. Y.”, resultando inadmisibles en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A efectos ilustrativos corresponde recordar que el precepto aludido en último término, y en lo que aquí resulta de interés (parte *in fine* del párrafo primero), faculta a la Corte —según su sana discreción, y con la sola invocación de tal norma— a rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

de carácter derivado. En tal sentido, dejó sentado que para su implementación estas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

Surte utilidad vincular la pauta relativa a que, no obstante las decisiones políticas discrecionales, *los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad*, con una premisa que la propia Corte ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*.¹⁵ El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte muy relevante para la efectividad de los derechos fundamentales.

Por su parte, en el consid. 15, *ibíd.*, párr. 1°, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna, pues involucraba “a un niño discapacitado que no solo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle”, para referir que entraban “también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada”.

- D) En definitiva, el tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que *i*) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional y *ii*) garantizara a aquella, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que

¹⁵ Por ejemplo, la ha reiterado en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873, Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (*Fallos*, 332:111); específicamente en el consid. 12, párrafo cuarto, de la mayoría. Ésta estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta votaron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

III. Epílogo

Sin duda, en ambos decisorios la Corte ha ingresado a espacios jurídicos arduos, abordando cuestiones complejas y con ribetes polifacéticos.

1. En el primer caso, se ha movido en el *hipersensible* terreno del aborto, con el nutrido entramado de connotaciones, dudas y desafíos que el tema genera y propone, en el marco de un debate que lejos está de haber quedado cerrado.
Subyace allí un haz de derechos y obligaciones en interacción, en ocasiones conflictiva: los derechos a la autonomía personal y a abortar de la mujer encinta como producto de una violación o cuando aquella sea “idiota o demente” (según la vetusta terminología del Código Penal) y su derecho a la salud, consistente en que tal interrupción del embarazo se haga en condiciones de salud seguras y adecuadas, los derechos del *nasciturus*, la facultad de objeción de conciencia de los médicos, traducible en la negativa a llevar a cabo la práctica abortiva y los deberes del Estado, como garante de la administración de la salud pública.
2. Ya en el segundo caso ha afrontado una problemática durísima que deja al descubierto la situación de marginalización, pobreza y exclusión que padecen no pocos sectores de la población argentina. Así, la “situación de calle” en la que intenta sobrevivir un grupo familiar muestra una inclemente realidad cruzada por el derecho de acceso a la vivienda digna, el interés superior del niño, un menor discapacitado y una madre en un estado de impotencia y desesperación acuciantes. También ha enfrentado el ríspido tema de la “operatividad” de las normas consagratorias de ciertos DESC, por ejemplo, la del citado derecho de acceso a la vivienda digna, a cuyo respecto ha dejado en claro la viabilidad del *control judicial de razonabilidad* advirtiendo que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes del Estado deben cuidar de “las garantías mínimas indispensables para

que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

3. Justamente este es, ni más ni menos, que el respeto por el valor *dignidad humana*. La vinculación entre esta y los derechos humanos resulta realmente indisputable y ambos son, sin duda, factores imprescindibles para la legitimación y la consolidación de la democracia y la justicia constitucional en el Estado contemporáneo, que es Estado Constitucional.

Al respecto, y para concluir, es interesante acudir a Garzón Valdez, para quien “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”¹⁶ (énfasis agregado).

¹⁶ Garzón Valdez, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 101/102.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos

José Antonio Rivera S.*

I. Contexto del desarrollo jurisprudencial

La Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia ha consolidado el modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad, con algunos resabios del modelo americano o de la “revisión judicial”. En efecto, por previsión del artículo 179.III de la Constitución “La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional”, y por mandato del artículo 196 el Tribunal Constitucional Plurinacional es el máximo guardián e intérprete de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

El órgano contralor de la constitucionalidad lleva la denominación de Tribunal Constitucional Plurinacional en razón de que ejerce según define el artículo 1º de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia y se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, por lo que la estructura jurídica del Estado se configura sobre la base del principio del pluralismo jurídico, lo que implica la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, de manera que el control de constitucionalidad es ejercido

* N. de los ed.: Las referencias curriculares del autor fueron presentadas en el trabajo de su autoría que obra en la primera parte de esta obra.

sobre el sistema jurídico del Estado, así como sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Por previsión de la Constitución y la Ley n° 27, el Tribunal Constitucional Plurinacional está integrado por siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes, todos ellos elegidos por voto directo y sufragio universal, con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. Los magistrados titulares y suplentes fueron elegidos el 16 de octubre de 2011, habiendo prestado el juramento de fidelidad a la Constitución y asumido sus funciones el 3 de enero de 2012. Dos de los siete magistrados titulares representan a las Naciones Indígena Originaria Campesinas,¹ porque, además de ser abogados con posgrado en Derecho Constitucional, se han desempeñado como autoridades naturales de sus respectivos pueblos indígenas originarios.

El Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad en tres ámbitos: a) el ámbito de control de constitucionalidad sobre las normas; alcanzando el control a las leyes nacionales, departamentales y municipales, los estatutos autonómicos y cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, el derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, los reglamentos o resoluciones no judiciales de carácter normativo; este control puede ser ejercido por la vía preventiva o *a priori*, mediante las consultas, y por la vía de control correctivo o *a posteriori*, por medio de las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta, b) el ámbito de control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político: se trata del control que se ejerce para resguardar el principio de separación de funciones, sobre cuya base se configura el ejercicio del poder político, con la finalidad de racionalizar el ejercicio del poder, evitando la concentración del poder político y la invasión de las competencias asignadas por la Constitución, se ejerce por la vías de resolución de las acciones de conflictos de competencia y el recurso directo de nulidad y c) el ámbito de control de constitucionalidad tutelar, sobre los actos, decisiones o resoluciones de las autoridades públicas, incluidos los actos y decisiones de las personas particulares, con la finalidad de resguardar y proteger los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, otorgando una tutela efectiva e inmediata en aquellos casos en los

¹ Los magistrados Gualberto Cusi Mamani y Efrén Choque Capuma.

que sean restringidos, suprimidos o amenazados de restricción o supresión. En este último ámbito, el Tribunal Constitucional Plurinacional conoce y resuelve, en revisión de oficio, las acciones tutelares siguientes: acción de libertad (*habeas corpus*), acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad (*habeas data*), acción de cumplimiento² y acción popular. Estas acciones tutelares son sustanciadas y resueltas en única instancia por los Juzgados Públicos por Materia, los Juzgados Públicos Mixtos o las Salas de los Tribunales Departamentales de Justicia.

Con las reformas introducidas con relación a la naturaleza, el estatus jurídico-constitucional y la estructura orgánica del órgano contralor se puede señalar que, a partir del 2 de enero de 2012, se ha inaugurado una nueva etapa en el sistema de control de constitucionalidad del Estado Plurinacional de Bolivia. Esta nueva etapa está caracterizada además por la adopción del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley n° 254, que entró en vigencia a partir del 6 de agosto de 2012. Se trata de un cuerpo normativo de naturaleza procesal que desarrolla las normas de la Constitución, con disposiciones legales que tienen por objeto regular la sustanciación de los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional y los Juzgados y Tribunales de Garantías Constitucionales, consigna normas axiológicas porque proclama los principios procesales sobre los que se configuran los procesos constitucionales, entre ellos el principio del no formalismo, que tiene particular importancia para reencauzar la labor del control de constitucionalidad, especialmente en el ámbito tutelar.³

El primer año de esta nueva etapa de control de constitucionalidad ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional se ha caracterizado por la creación de una importante jurisprudencia constitucional que refleja avances

² La acción de cumplimiento, juntamente con la acción popular, se ha incorporado al sistema jurídico boliviano como acción de defensa, en la última reforma constitucional.

³ Uno de los aspectos negativos del control de constitucionalidad en los años 2010 y 2011 fueron los excesivos formalismo y ritualismo procedimentales con que actuaron los jueces y tribunales de Garantías Constitucionales y el propio Tribunal Constitucional integrado por magistrados interinos designados de manera inconstitucional por el Presidente del Estado, pues con extremadas exigencias de requisitos formales para la admisión de los procesos constitucionales, entre ellos las acciones tutelares, rechazaron *in limine* muchos procesos llegando al extremo de vaciar de contenido las acciones tutelares y vulnerando el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva de los justiciables. Por ello la importancia de haberse introducido el principio del no formalismo.

en la protección de los derechos fundamentales, pero también por la creación de jurisprudencia que todavía refleja lamentables retrocesos en ese cometido.

II. Las sentencias emitidas en el año 2012

En el presente informe corresponde presentar la jurisprudencia constitucional de mayor relevancia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia durante la gestión 2012, con relación a la protección de los derechos fundamentales.

A ese efecto se ha procedido a la selección de aquellas determinaciones adoptadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional con mayor relevancia; ello en función de dos parámetros: el primero, porque constituyen un avance importante en materia de protección de los derechos fundamentales y el segundo, porque constituyen un lamentable retroceso.

Seguidamente se presenta una recensión de aquellas sentencias constitucionales que han creado jurisprudencia en lo que significa un avance en materia de protección de los derechos fundamentales, para luego presentar aquellas que conforman un lamentable retroceso.

1. La protección del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión

El derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión es un pilar fundamental de la democracia. Políticamente, es el medio de formación de la opinión pública, por lo que se constituye en un factor importante de control y fiscalización del gobierno y a la vez es un instrumento de colaboración del gobierno y un eficaz medio de defensa de los derechos fundamentales contra los actos arbitrarios y abusivos del mismo. Socialmente, la libertad de expresión constituye un medio de educación, de difusión y transmisión de cultura; es el instrumento de información que permite conocer la realidad circundante. Por último, puede constituirse en un medio de formación de la conciencia social.

Según Francisco Eguiguren,⁴ el derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión se constituye en un termómetro para medir el nivel de libertad, pluralismo y tolerancia existentes en un determinado régimen polí-

⁴ Eguiguren Praeli, Francisco, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*, Palestra, Lima, 2004, p. 27.

tico, así como para evaluar la madurez alcanzada por las instituciones políticas y jurídicas de una sociedad.

En el sistema constitucional boliviano, el derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión está consagrado por el artículo 21.5) de la Constitución, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estos últimos forman parte del bloque de constitucionalidad.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión tiene su límite natural en el respeto a los derechos al honor, la honra, la intimidad o privacidad y la imagen, mismos que no pueden ni deben ser afectados de manera ilegal e indebida.

La libertad de expresión, pensamiento y opinión es uno de los derechos más restringidos por quienes detentan el poder político que siempre encuentran formas y mecanismos con apariencia legal para lograr su cometido, utilizando como justificativo la preservación de los derechos al honor, la honra, la intimidad o privacidad y la imagen de los servidores públicos, aunque en el fondo la motivación es otra, esencialmente de orden represivo, para evitar acciones de control y fiscalización al ejercicio del poder político; ello porque en ejercicio de este derecho se realiza el control y la fiscalización sobre la labor de los servidores públicos.

Una forma en la que los Estados han restringido el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión es la penalización de la conducta de difundir las ideas, pensamientos y opiniones críticas del accionar de los servidores públicos, a cuyo efecto han introducido en la ley penal sustantiva el tipo penal del delito de desacato.

En el sistema constitucional boliviano se introdujo esta figura en el Código Penal, cuyo artículo 162 tipifica el delito de desacato en los siguientes términos:

El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un mes a dos años. Si los actos anteriores fueron dirigidos contra el Presidente o Vicepresidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema o de un miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad.

El bien jurídico protegido a través de este tipo penal resultaba ser una combinación entre la función pública y la honorabilidad del cargo del funcionario público, vale decir, la protección del buen funcionamiento del Estado y los derechos fundamentales del funcionario público al honor en el ejercicio de funciones públicas.

El artículo 162 del Código Penal fue impugnado, por vía de acción de inconstitucionalidad concreta promovida en la sustanciación de un proceso penal instaurado en contra de una ciudadana por la comisión de los delitos de desacato y apología pública del delito.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante su Sentencia SCP 1250/2012, de 20 de septiembre, ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal que tipificaba el delito de desacato.

Uno de los fundamentos que sustentan la decisión es que, en criterio del Tribunal Constitucional Plurinacional, la restricción del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión por la vía de penalización específica como delito de desacato no es necesaria ni razonable; en la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional se señala expresamente:

[...] para que una restricción al derecho a la libertad de expresión sea necesaria debe existir una necesidad social imperiosa; en ese sentido, corresponde señalar que no resulta razonable restringir el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la información y limitar la posibilidad de difundir información y expresar ideas que en su conjunto constituyen valores indispensables propios de un régimen democrático con la sola justificación de crear una protección excepcional en la vía penal del honor del funcionario público, ya que ésta se encuentra penalmente garantizada como la de todos los ciudadanos mediante los tipos penales 'ordinarios' de difamación, calumnia e injuria y otros dentro de los delitos contra el honor; en ese sentido, no es evidente la necesidad social de restringir el derecho a la libertad de expresión e información, y menos aún, cuando esa limitación crea una situación inconstitucional de desigualdad entre ciudadanos, puesto que un régimen penal distinto representa en los hechos una desigualdad de trato entre funcionarios públicos y ciudadanos lo cual no encuentra sustento en el Sistema Constitucional imperante y más aún si se toma

en cuenta la actual configuración del Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

Un segundo argumento empleado por el Tribunal Constitucional Plurinacional para declarar la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal es la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión como un mecanismo de control y fiscalización ciudadana de las labores desarrolladas por los servidores públicos, como base de protección del derecho colectivo al desarrollo. En la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional referida se señala expresamente:

[...] las autoridades públicas al administrar los intereses de toda la población, recurrentemente deben ser objeto de una fiscalización especial que debe ser amplia y no restringida, ello en miras a proteger a toda la sociedad de la corrupción; en esa dimensión, la fiscalización ciudadana (accountability) es un aspecto central de un Estado Social de Derecho que, en la eventualidad de hechos de corrupción ve violados varios derechos fundamentales, pero esencialmente el derecho colectivo al desarrollo. En ese entendido, este Tribunal encuentra que la honorabilidad de los funcionarios públicos tiene un límite respecto a la fiscalización de actos de corrupción como protección de derechos colectivos del pueblo boliviano.

Como se podrá advertir, la determinación adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituye un significativo avance en la protección del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión, como base para el fortalecimiento del régimen democrático.

2. La delimitación y restricción de la competencia de la Jurisdicción Penal Militar para resguardar derechos fundamentales

En el sistema constitucional boliviano, las Fuerzas Armadas del Estado cuentan con una jurisdicción especializada como es la Jurisdicción Penal Militar, que inicialmente fue de creación legal y en la última reforma constitucional se la ha constitucionalizado, pues el artículo 180.III de la Constitución, promulgada el 7 de febrero de 2009, prevé que “La jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la ley”.

Debido a que en los conflictos sociales de febrero de 2003 la intervención de las Fuerzas Armadas del Estado, dispuesta por el gobierno para restablecer el orden público, produjo lamentables resultados, pues algunos ciudadanos fueron muertos y otros quedaron con graves heridas provocadas por armas de fuego disparadas por efectivos militares, lo que dio lugar a la apertura de un proceso de investigación en la Jurisdicción Penal Militar, paralelamente se instauró acción penal contra cuatro efectivos militares.

Los militares sometidos a la acción penal en el fuero ordinario plantearon la excepción de incompetencia, argumentando que en su condición de militares y, al haber actuado en defensa de la estabilidad de las instituciones democráticas del Estado, conforme lo previsto por el artículo 208 de la Constitución (de 1967), están sometidos a jurisdicción especial, de acuerdo con el artículo 1.1) del Código Penal Militar y que en tal virtud se encuentran procesados por el Tribunal Permanente de Justicia Militar por los supuestos delitos de homicidio, exceso y hostilidad a particulares. La excepción fue rechazada por el Juez de Instrucción Penal Cautelar, razón por la cual los militares plantearon recurso de apelación que fue resuelto en sentido positivo por la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Distrito de La Paz, mediante Resolución 649/03, de 2 de octubre, pues el Tribunal de Apelación revocó la resolución del Juez de Instrucción Penal Cautelar y declaró procedente y probada la excepción disponiendo que todos los antecedentes referidos a los apelantes fueran remitidos al Tribunal Permanente de Justicia Militar. Los representantes del Ministerio Público plantearon acción de amparo constitucional impugnando la resolución del Tribunal de Apelación, acción que fue resuelta en revisión por el Tribunal Constitucional mediante SC 664/2004-R, de 6 de mayo.

En la referida sentencia constitucional el órgano contralor de constitucionalidad delimitó la competencia de la Jurisdicción Penal Militar señalando expresamente:

[...] la competencia de los tribunales militares debe estar restringida al ámbito estrictamente militar y concretamente a los deberes propios de la función militar, configurándose entonces, lo que en doctrina se denomina el delito de función, que para ser tal debe reunir los siguientes elementos: 1) *que el bien jurídico sea militar*; 2) que el delito se encuentre previsto en la legislación penal militar (principio de legalidad), y 3) que exista un nexo de causalidad entre la función encomendada y el

delito cometido, entendiéndose que la tarea ordenada constituye en sí misma un desarrollo legítimo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas dentro de los límites que la propia Constitución establece (énfasis agregado).

Sobre la base de la delimitación referida, el Tribunal Constitucional concedió el amparo constitucional demandado, dejó sin efecto la resolución del Tribunal de Apelación y dispuso se dicte nueva resolución, de tal manera que continúe la sustanciación de la acción penal en la jurisdicción ordinaria.

A raíz de la muerte de un oficial del Ejército, acaecida el año 2011 en la Escuela de Cóndores de Bolivia —ESCONBOL—, muerte que aparentemente habría sido causada por otros militares, se produjo un conflicto de competencias entre la Jurisdicción Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria, debido a que en ambas jurisdicciones se había instaurado la respectiva acción en contra de los supuestos autores de la muerte del oficial. El conflicto de competencias fue resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la Sentencia Constitucional SCP 2540/12, de 21 de diciembre.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia constitucional comparada, ha concluido definiendo que el uso de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz debe ser restringido a juzgar a aquellos militares cuya conducta delictiva haya sido asumida en el desempeño de las funciones que tienen la finalidad de cumplir con los objetivos y fines constitucionales asignados a las Fuerzas Armadas del Estado; asimismo, ha definido que se excluyen aquellas conductas asumidas por los militares en los casos siguientes: a) cuando el hecho delictivo fue planificado *ab initio*, b) cuando la conducta inicialmente relacionada con la función y el servicio durante su ejecución se desvía claramente hacia una conducta que no tiene relación con la función o servicio militar y c) cuando la conducta da lugar a graves violaciones a derechos humanos constituidos en delitos de lesa humanidad. En esos casos la que tiene competencia para juzgar a los militares es la Jurisdicción Ordinaria. En consecuencia, ha concluido definiendo que la Jurisdicción Ordinaria se constituye en la regla y la Jurisdicción Penal Militar en la excepción a esta. Sobre la base de esa definición el Tribunal Constitucional Plurinacional ha declarado competente a la Jurisdicción Ordinaria para

desarrollar la investigación y el juzgamiento de los militares por los hechos referidos a la muerte del oficial en el recinto de educación militar.

La jurisprudencia constitucional establecida en la SCP 2540/2012, de 21 de diciembre, que tiene fuerza vinculante, ha consolidado la jurisprudencia que fue creada mediante la SC 664/2004-R, de 6 de mayo, respecto al uso restringido de la Jurisdicción Penal Militar en tiempos de paz y sobre la titularidad de la competencia a favor de la Jurisdicción Ordinaria, para juzgar a militares por hechos ilícitos que constituyen graves violaciones a derechos humanos. Esa jurisprudencia constituye un avance en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

3. Una sentencia constitucional que desconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios

Conforme define el artículo 1º de la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, Bolivia es un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Se trata de un modelo de organización política, social, económica y cultural muy particular, que tiene su base en la afirmación de lo plurinacional, la identidad cultural y la descolonización.

El Estado Plurinacional supone que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originarios bajo una misma Constitución y un mismo gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

Entonces, el Estado boliviano ha adoptado un nuevo sistema constitucional del Estado de inclusión, pues sienta las bases institucionales para integrar materialmente a los pueblos indígenas originarios a la estructura social, económico-financiera, jurídica y política del Estado.

Como una garantía de esa integración el Estado garantiza a las naciones y pueblos indígenas originarios su libre determinación en el marco de la unidad nacional, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a la Constitución y las leyes; así lo dispone expresamente el artículo 2º de la Constitución.

El artículo 30.II de la Constitución consagra los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, a existir

libremente, a la libre determinación y territorialidad, a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas, a ser consultados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. Asimismo, según prevé el artículo 410.II de la Constitución, forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, de manera que se incluyen en ese bloque el Convenio n° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que los derechos colectivos consagrados en esos instrumentos internacionales forman parte del catálogo de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En el trabajo de nuestra autoría que figura en la primera parte de este libro, titulado “Los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional boliviano”, al que remitimos, para evitar superfluas reiteraciones, hemos descrito con algún grado de detalle la compleja situación suscitada.

Así, y desconociendo los derechos colectivos consagrados por la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, el gobierno nacional adoptó medidas legislativas y administrativas para construir la carretera Cochabamba-Trinidad, cuyo segundo tramo, entre Villa Tunari y San Ignacio de Moxos atraviesa el Territorio Indígena del Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) ubicado entre los departamentos de Cochabamba y el Beni, en el que están asentados los pueblos indígenas originarios amazónicos yuracarés, trinitarios y chimanes —territorio que tiene una doble cualidad, la de parque nacional y la de territorio indígena, porque se trata de un territorio protegido—. La construcción de la obra fue adjudicada a la empresa brasilera OAS, con lo que se iniciaron los trabajos en los tramos I y II el 3 de junio de 2011.

Las medidas antes referidas fueron adoptadas sin realizar la consulta previa, vulnerando el derecho consagrado por el artículo 30.II, numeral 15, de la Constitución, e incumpliendo la obligación asumida en el Convenio 169 de la OIT. Pero, además, con ello el Estado boliviano ha puesto en amenaza de vulneración los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios yuracarés, trinitarios y chimanes a existir libremente, a la territorialidad y a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuados de los ecosistemas.

La sensible cuestión relatada se judicializó ya que la Ley n° 222 fue impugnada mediante acción de inconstitucionalidad abstracta por diputados de la oposición, y la Ley n° 180 lo fue por diputados oficialistas mediante la misma vía. El Tribunal Constitucional Plurinacional ha resuelto ambas acciones por medio de la Sentencia Constitucional Plurinacional scp 0300/12, de 28 de junio, en el siguiente sentido: a) declarando improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta con relación a la Ley n° 180, argumentando que la vigencia de la misma está condicionada a los resultados de la consulta convocada mediante la Ley n° 222, con lo que, en la práctica, anula dicha ley, dejándola subordinada a esta última, b) declara la constitucionalidad del artículo 1º, referido a la convocatoria, y el artículo 7º de la Ley n° 22, c) declara la constitucionalidad condicionada del artículo 1º en cuanto a la frase “y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos” y de los artículos 3º, 4º inc. a), 6º y 9º de la Ley n° 222, condicionada a su concertación, d) declara improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta respecto al artículo 8º de la Ley n° 222 y e) finalmente, emite exhortaciones al Órgano Legislativo y al Órgano Ejecutivo para que faciliten el diálogo para lograr la concertación.

Lo contradictorio del caso es que el Tribunal Constitucional Plurinacional abunda en explicaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los pueblos indígenas originarios y sus derechos a la territorialidad y a la consulta previa, transcribiendo jurisprudencia comparada de la Corte Constitucional de Colombia, del Tribunal Constitucional del Perú, asimismo glosa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la consulta previa, establecida en la sentencia expedida en el “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” y hace glosas de los criterios vertidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema en diferentes informes. Con todas esas glosas hace presumir que declarará inconstitucional la Ley n° 222 que convocó a una consulta *a posteriori*, pero que además tiene la finalidad de consumar las medidas legislativas y administrativas adoptadas por el Estado boliviano, sin la consulta previa.

Contradiendo la doctrina y la jurisprudencia glosadas, el Tribunal Constitucional Plurinacional expone un argumento poco razonable para sustentar una determinación que desconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios mojeño-trinitario, chimane y yuracaré. El argumento es:

Sin embargo, se debe aclarar que, cuando se subsana la omisión inicial y, por ejemplo se lleva adelante la consulta, o se emite una ley disponiendo se efectúe la misma en cumplimiento de la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, dicha norma no puede ser considerada inconstitucional o contraria al bloque de constitucionalidad, pues si bien no es previa y, por lo mismo, existió —como se tiene dicho— una lesión a los derechos de los pueblos indígenas; empero, con esa norma se está dando efectividad a un derecho colectivo —aunque sea tardíamente—. Un entendimiento contrario, implicaría que la lesión de derechos de los pueblos indígenas no podría ser reparada bajo ninguna circunstancia; pues, si bajo el argumento que la consulta no será previa, se tendría que declarar la inconstitucionalidad de las leyes emitidas con esa finalidad, se llegaría al absurdo de mantener el estado de cosas inconstitucional indefinidamente, situación que no es consentida ni querida por el orden constitucional ni las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos (énfasis agregado).

Con la determinación adoptada y los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional Plurinacional lamentablemente ha dejado un precedente negativo, ya que en adelante el Estado boliviano primero adoptará medidas legislativas y administrativas que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios, para luego recién realizar las consultas respectivas.

III. Conclusiones

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

- En este nuevo período del control de constitucionalidad en Bolivia, inaugurado en enero de 2012, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha adoptado determinaciones importantes, creando jurisprudencia positiva que constituye un avance para la protección de los derechos fundamentales de las personas y el fortalecimiento del régimen democrático.
- Lamentablemente, en contraposición a ese importante avance, el Tribunal Constitucional Plurinacional también ha adoptado decisiones con efecto negativo que no condicen con la misión que le asigna la

Constitución, la de ser el último intérprete y máximo guardián de la Constitución y protector de los derechos fundamentales, ya que esas decisiones constituyen la consumación de vulneración de los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios y establecen precedentes negativos a futuro.

- Es de esperar que el Tribunal Constitucional Plurinacional vaya reencauzando su labor hacia la verdadera defensa de la Constitución y la efectiva protección de los derechos fundamentales; asumiendo una posición de verdadero activismo judicial.

Evolução da jurisprudência do STF brasileiro no campo dos direitos fundamentais entre julho/2011 e junho/2012: “Report” das principais decisões, sua recepção e seus impactos políticos*

Leonardo Martins**

A concretização dos direitos fundamentais no Brasil continua, a exemplo do verificado nos períodos anteriores,¹ prescindindo da interposição legislativa tanto no que tange às necessárias limitações de direitos de liberdade (da categoria de *status libertatis* ou *status negativus*), quanto no que se refere à densificação normativa de direitos prestacionais, sobretudo os chamados direitos sociais (*status positivus*).

* Colaboraram na escolha das decisões, na busca de algumas das fontes e materiais utilizados no presente *report*, além da composição de minutas-sínteses das decisões tratadas no tópico II.2, meus orientandos, membros da base de pesquisa na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) “Constituição Federal e sua concretização pela jurisdição constitucional”, os acadêmicos mestrandos Adv. Ana Claudia Aguiar e Felipe Castro, o Adv. Guilherme Arruda, a Adv. Fabrizia Pessoa e o graduando Jairo Moura. A eles todos meus mais sinceros agradecimentos.

** Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (*doctor iuris - Dr. iur.*) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha; pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universidade de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universidade de Potsdam (*fellow* da Fundação Alexander von Humboldt). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin (2001 a 2012) e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). Professor da UFRN.

¹ Cf. Martins, 2010: 43-54; Martins, 2011-a: 135-147 e Martins, 2012-a: 113-122.

O principal ator político neste mister, provocado por partes processuais investidas de legitimidade *ad causam* por força do art. 103 da Constituição Federal (CF), continua a ser o Supremo Tribunal Federal (STF). Frequentemente, o STF tem sido provocado a decidir sobre recursos previstos direta ou indiretamente pela CF pertinentes ao controle normativo, que se desenvolvem em contraditório, pelos Ministérios Públicos estaduais e, sobretudo, pelo Ministério Público Federal, que atua como representante dos chamados interesses difusos e coletivos. Um desenvolvimento nem sempre salutar, pois que implica uma politização - por vezes exacerbada - do exercício da atividade estatal de jurisdição constitucional e observável já há quase uma década, é a crescente coletivização de conflitos envolvendo a concretização de direitos genuinamente individuais como a liberdade de imprensa.²

O presente *report* é dividido em três tópicos. Primeiro, deve ser apresentado o entorno sociopolítico da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais no período em comento (I.). Em uma segunda etapa, foram sintetizadas - com a consideração de dados estritamente jurídico-materiais e jurídico-processuais - as principais decisões do STF atinentes à aplicação de parâmetros derivados de normas definidoras de direitos fundamentais (II.). Finalmente, pontuaram-se algumas perspectivas que se revelam no horizonte político-constitucional brasileiro (III.).

I. Contexto sociopolítico do desenvolvimento da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais no Brasil

Para uma precisa compreensão do contexto sociopolítico no qual foram prolatadas as quatro decisões abaixo referidas (sob II.), devem ser aqui analisadas, primeiro, as condições institucional-processuais sob as quais a Corte chegou às decisões discutidas para, na sequência, investigar-se o papel institucional e efetivamente desempenhado das funções estatais e demais atores sociais responsáveis pela provocação do STF e, por fim, das chamadas organizações

² É o caso, por exemplo, do julgamento RE 511.961, que julgou a constitucionalidade da exigibilidade de diploma universitário para o exercício das profissões ligadas ao jornalismo. O autor da ação originária foi um órgão do Ministério Público Federal que moveu uma ação civil pública contra um órgão jurisdicional de primeira instância em face do legislador federal pré-constitucional, requerendo sua declaração de inconstitucionalidade em abstrato. Vide a respeito: Martins, 2012-b: 278-308.

nãogovernamentais que atuam principalmente nos processos do controle abstrato, ora como autoras, ora – com mais frequência – como *amici curiae*.

1. Condições institucionais do STF (com ênfase na configuração do processo)

O STF tem avocado a competência de ser um intérprete privilegiado da Constituição e assumido, com consequência, sua responsabilidade de ser o “guardião da Constituição”, segundo definição do constituinte brasileiro no art. 102, *caput*, da CF. Isso ocorre apesar da persistente grande confusão terminológica em torno do que seja processo objetivo, de suas características e dos modos abstrato e concreto (também incidental) de se realizar o controle normativo, notadamente de constitucionalidade, e da inútil complexidade do processo constitucional brasileiro, o qual conhece, por exemplo, quatro instrumentos só para o controle abstrato,³ gerando uma demanda teórica e acadêmico-jurídica artificial em torno da “ciência” do direito processual constitucional.⁴

Não existe uma lei orgânica aprovada pelo Congresso Nacional para o STF⁵ e, a par de duas leis que regem os principais procedimentos do controle normativo abstrato⁶ e as regras subsidiárias do Código de Processo Civil,⁷ além de alguns vagos dispositivos constitucionais,⁸ o procedimento tem seguido, em grande medida, o Regimento Interno do STF (RISTF). No que tange a este, trata-se de um aparato normativo que vem sendo emendado desde os primórdios da Corte, na década de 1890, há aproximadamente 120 anos, portanto.⁹

³ A saber: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI ou “ADIn”), a ação de inconstitucionalidade por omissão (AIO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

⁴ Aprofundamento dessa crítica pode ser encontrado em Martins, 2007: 15-32.

⁵ Tal qual a alemã *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG). Principais excertos dessa lei federal do Tribunal Constitucional Federal alemão podem ser encontrados em Martins, 2011-b: 163-174.

⁶ As leis federais 9.868 e 9.882, ambas promulgadas em 1999, regendo, respectivamente, a ADI/ADC e a ADPF.

⁷ Principalmente as que tratam do recurso extraordinário: cf. 541 *et seq.* do CPC.

⁸ Que se limitam a definir as competências do STF para o julgamento de ações do controle abstrato como no art. 102, I, “a” ou os efeitos de suas decisões como no art. 102, § 2º e 103, § 2º da CF.

⁹ Trata-se de um dos casos mais eloquentes de autocriação processual do STF. Por via sumular, o STF (Súmula 399 do STF) afastou, inclusive, as normas do próprio RI da possibilidade de ser objeto de Recurso Extraordinário. Cf. Dimoulis e Lunardi, 2012: 307. O RISTF chega, entre muitos outros, a estabelecer uma restrição de sentido de norma constitucional que fixou a competência privativa do Senado

Todavía, algumas inovações da última década, dentre as quais se destacuem as introduções no texto constitucional da súmula vinculante e o dever da parte recorrente no Recurso Extraordinário de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso¹⁰, aliadas a teorias importadas do sistema jurídico germânico, tais como a teoria da transcendência dos motivos determinantes,¹¹ têm apresentado lastro institucional para uma ascensão em progressão geométrica daquele que é, por muitos, denunciado como “ativismo judicial”.

Em relação a essa famigerada figura do ativismo judicial é problemático identificar que a discussão doutrinária se resume à questão teórico-jurídica da legitimidade da Corte suprema¹² em realizar o controle normativo em si,

Federal para suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF sem nenhum lastro na específica norma constitucional, qual seja, o art. 52, x da CF (cf. *ibid.*, p. 290-92).

¹⁰ Respectivamente: art. 103-A e 102, § 2º, da CF.

¹¹ A literatura jurídico-processual constitucional alemã distingue há tempos (cf., por exemplo, Pestalozza, 1991: 288-90 e com amplas referências: Martins, 2011-b: 107-10) na estrutura de uma decisão a categoria intermediária entre as razões não determinantes para o dispositivo da decisão (*obiter dicta*) e aquelas, sendo cediço segundo a cética literatura crítica em face da pretensão do TCF alemão em ver estendidos os efeitos vinculantes determinados pelo legislador ordinário no § 31 I BVerfGG também aos ditos *tragende Gründe* (razões fundamentais ou como a tradução que se impôs motivos determinantes). Hillgruber e Goos, 2004: 6, por exemplo, chama a atenção para a dificuldade de se apartar com segurança tais motivos determinantes, pois “só o próprio TCF pode ser seu autêntico intérprete. Por isso, os motivos determinantes da decisão fazem parte dos seus *arcana imperii*; seu conhecimento solitário [a respeito de quais seriam de fato os tais motivos determinantes] configura o conhecimento dominante do TCF, por intermédio do qual ele exerce seu domínio sobre o processo”. A doutrina brasileira (cf. por todos: Martins, I.G.S. e Mendes, 2005: 541-547 e, diferenciadamente, fazendo menção a uma divergência interna do STF quanto ao vínculo para além da parte dispositiva: Dimoulis e Lunardi, 2012: 184 s.) recepcionou a teoria sem discutir as contundentes objeções e seus riscos. Dentre os quais se encontram, além do problema de exacerbação de competências constitucionais, também a insegurança jurídica causada por decisões, cujas fundamentações não são propriamente colegiadas, tal qual ocorre no TCF alemão, mas centrada nos votos individuais dos membros da Corte, suscetíveis às mais variadas vicissitudes. Como distinguir supostos motivos determinantes de meros *obiter dicta*, quando nos deparamos com votos que muitas vezes mais se parecem com obras literárias do que com uma sóbria decisão judicial?

¹² A maior parte dos autores que enfrentaram o problema até aqui (vide entre outros: Agra, 2005; Binenbojm, 2004; Leal, 2007; Mello, 2004; Mendes, 2008; Ramos, 2010 e, bastante diferenciado: Tavares, 2009: 197-217) tratou quase que exclusivamente da fundamentação teórico-constitucional da legitimidade do STF para funcionar como legislador negativo, sem se aprofundar nas minúcias ou consequências jurídico-dogmáticas relativas a essa competência. Mas o problema da legitimidade já foi em geral resolvido pelo constituinte originário brasileiro como descrito no texto pela definição do STF como guardião da Constituição no *caput* do art. 102, que discrimina justamente suas competências, a começar pela competência para realizar o controle normativo abstrato.

quando tal questão é claramente respondida pelo texto constitucional vigente com a atribuição da referida competência ao STF, no art. 102, *caput*, c.c. art. 102, I, “a”, da CF. O déficit da discussão diz respeito não ao “se” da legitimidade, mas ao “como” proceder no exame para ser de fato o guardião e não o senhor da Constituição.¹³

O que pode soar em um primeiro instante como um mero jogo de palavras tem consequências graves para a realização do Estado Constitucional. Não se trata de legitimidade teórico-constitucional, nem de mera legitimidade formal. Ambas as legitimidades estão presentes. A questão é saber quais são as condições que uma decisão do STF deve reunir para que ela possa ser considerada correta do ponto de vista jurídico-constitucional, vale dizer, para que a Constituição continue sendo parâmetro dos seus julgamentos e não amoldada de acordo com o entendimento deste que, ao lado do governo federal (Presidência da República), tem se tornado o ator político e órgão estatal mais relevante da República Federativa do Brasil.

Sinais dessa proeminência institucional, principalmente quando comparada à desgastada imagem do Congresso Nacional brasileiro e tendo em vista as muitas mazelas e juradas crises do sistema representativo ou da própria democracia representativa no Brasil, ficaram evidentes com o julgamento da

¹³ Se o STF é, segundo o art. 102, I, “a”, competente para julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, a quem o constituinte brasileiro confiou a competência para ser fiscal da observância da constitucionalidade de atos normativos se não a ele, STF? Dimoulis e Lunardi (2012: 312-339) analisam os por eles identificados “problemas de legitimidade da justiça constitucional” a partir de um rigoroso debate com as correntes pró e contra controle judicial, além dos argumentos conciliadores pautados principalmente pela teoria da autolimitação judicial. Nesse ponto da abordagem (p. 329), criticam a possibilidade defendida pelos adeptos da referida teoria de se encontrar “uma espécie de equilíbrio” que oculta um juízo carecedor “de embasamento e justificativa jurídica”. Discorrem ainda com propriedade que “não há dispositivo que imponha aos tribunais declarar a inconstitucionalidade só em casos excepcionais ou manifestos. Além disso, a proposta não convence, pois se a norma for inconstitucional é obrigação do juiz censurá-la [...]. Em segundo lugar, a doutrina não oferece critérios para decidir sobre o caráter claro ou manifesto da violação, isto é, não oferece critérios para encontrar o equilíbrio desejável entre ativismo e passivismo.” (*ibid.*, p. 329). A crítica dos referidos autores ao ingênuo argumento quantitativo, como se controle normativo dependesse de quão notória seja uma violação constitucional merece anuência. Apesar de terem dedicado um capítulo inteiro só para a questão, aqui jurídico-dogmaticamente relativizada, do “se” da legitimidade, os citados autores acabam – e em razão de notória demanda teórico acadêmica (trata-se de um curso de processo constitucional), - em sede de conclusão por enfatizar a realmente relevante questão do “como” proceder no controle, em todo caso com o esforço em verificar uma inconstitucionalidade de um dado objeto normativo tendo em vista as decisões normativas do poder constituinte originário.

Ação Penal (AP) 470, alcunhada pelos meios de comunicação social de julgamento do “mensalão”: Trata-se do julgamento de ação penal diretamente movida perante o STF, tendo por fundamento de admissibilidade algumas alíneas do inciso I do art. 102, da CF, que contém o rol das competências jurídico-penais originárias em face de órgãos do Poder Legislativo e Executivo federal acusados de crimes como corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, falsificação de documentos, formação de quadrilha etc.¹⁴

Todavia, o STF não é o único novo ator político em ascensão no cenário sociopolítico envolvendo a concretização da CF. Os meios de comunicação social têm atuado com contundência na tomada de influência dos rumos de certas decisões, repercutindo o julgamento, é claro, de acordo com suas respectivas agendas e pautas editoriais, as quais têm em comum somente o clima de desforra e/ou moralização ética na política. O que foi um dia alcunhado de “foro privilegiado”¹⁵ virou uma espécie de “foro algoz” para os acusados. Restou evidente o relevante impacto da “mídia” no julgamento da AP 470.

A chamada TV Justiça, um veículo de comunicação pertencente ao “sistema estatal de radiodifusão” definido pelo próprio constituinte no art. 223, mas que, segundo a presente crítica *de constitutione ferenda* só não é mais nocivo para os objetivos democráticos estabelecidos pelo mesmo constituinte, porque também foi estabelecido o “sistema público” de radiodifusão, transmitiu ao vivo as leituras dos votos dos membros da Corte e os debates entre eles, nem sempre urbanos e, por vezes, atingindo as fronteiras da quebra do decoro. Ao contrário da impressão geral vigente na sociedade civil,¹⁶ tais transmissões representam um claro desserviço ao escopo da Justiça constitucional, porque, de um lado, comprometem a independência do guardião da Constituição, uma vez que os supostos debates entre os membros da Corte em questões sociopolíticas

¹⁴ Também alguns particulares foram corréus no processo em razão do princípio da economia processual que implicou prorrogações de competência.

¹⁵ A alcunha “foro privilegiado por prerrogativa de função” sempre denotou que órgãos estatais ou autoridades de alto escalão só poderiam ser processados criminalmente perante o STF, o que historicamente sempre redundou em impunidade de tais órgãos.

¹⁶ A TV Justiça que atualmente pode ser recepcionada por grande parcela da população brasileira e que completou em agosto de 2012 dez anos de vida goza de boa reputação. Segundo a autocompreensão de seu gestor, o próprio STF, ela busca cumprir a “missão de aproximar a Justiça do cidadão”. Vide <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=214316> (último acesso: 31/12/2012).

(não necessariamente constitucionais) ocorrem em frente às câmeras da TV que os transmitem ao vivo e, de outro, é dirigida pelo STF, não compondo o sistema público de radiodifusão, mas sim o estatal, pelo que representa, em última instância, mais um órgão de propaganda e marketing oficial.¹⁷

2. Funções essenciais à Justiça e demais legitimados para a provocação do STF

O art. 103 da CF definiu em seus nove incisos o rol de todos os legitimados para propor os quatro procedimentos do controle normativo abstrato. Neste rol podem ser classificadas duas categorias distintas: a categoria dos legitimados estatais em sentido estrito e a categoria dos legitimados não estatais. Dentre as funções *estatais* essenciais para a Administração da Justiça porque legitimadas *ad causam* estão os seis primeiros elencados no art. 103, da CF, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa estadual (legislador do Estado-membro, incluindo da Câmara Legislativa do Distrito Federal), o Governador de Estado-membro da federação (incluindo o Governador do Distrito Federal), e o Procurador-Geral da República. Segundo as estatísticas apresentadas pelo próprio STF,¹⁸ tem se valido de sua legitimidade com mais frequência o Governador de Estado-membro.¹⁹ A notória desproporção se explica pela verificação dos objetos normativos questionados que acabam revelando que por detrás do controle normativo esconde-se, no caso do governo estadual, uma lide interorgânica estadual, na medida em que a maioria das leis questionadas é estadual.²⁰

¹⁷ Muito diferente seria se a TV Justiça pertencesse ao sistema público de radiodifusão, e, destarte, se toda sua programação fosse fixada por órgãos ou representantes da sociedade civil com lastro em clara legislação ordinária.

¹⁸ Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado> (último acesso: 26/12/2012).

¹⁹ Participando com um percentual de 23,7%, seguido pelo Procurador-Geral com exatos 20% contra 0,2% da participação conjunta dos órgãos estatais da Presidência da República e dos órgãos diretores das duas casas legislativas federais. Cf. *ibid.*

²⁰ Dimoulis e Lunardi (2012: 211), ao comentarem essa estatística, apresentaram como fundamento da proeminência do segundo colocado, o Procurador-Geral da República, uma “orientação corporativista” desse órgão que goza de plena independência funcional, uma vez que o elevado número de ADI por ele proposto diz respeito a “temas relacionados ao estatuto jurídico do Poder Judiciário, questionando

Dentre os legitimados *não estatais* em sentido estrito, que podem ser considerados igualmente funções essenciais à Justiça (na medida em que qualquer Corte deve ser devidamente provocada por alguém que tenha legitimidade de agir), mas revelando o caráter inadequadamente litigioso da Justiça constitucional, encontram-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Neste grupo, quem mais tem atuado é a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional,²¹ o que comprova que o controle normativo é instrumentalizado por grupos de interesses particulares, afastando o controle normativo de constitucionalidade brasileiro de seu ideal de desenvolver-se sem contraditório, mas sim no espírito da proteção da ordem jurídico-constitucional vigente, fazer parte da noção de processo objetivo.²²

principalmente atos normativos do próprio Judiciário”. Nesse mesmo sentido, cf. Vianna *et al.*, 1999: 83-91, também referido por Dimoulis e Lunardi, *ibid.*

²¹ Com 25,6% de participação. Cf. novamente <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado> (último acesso: 26/12/2012).

²² Segundo Dimoulis e Lunardi (2012: 211 s.): “O papel ativo dessas organizações não surpreende. Primeiro, porque o número dos possíveis legitimados é grande, explicando porque respondem por aproximadamente um quarto das ADIN interpostas. Segundo, porque organizações de profissionais que são submetidos à fiscalização estatal e tributação se insurgirão com frequência contra atos normativos que afetam seus interesses.” A segunda razão apontada pelos citados autores converge com o aqui verificado abuso do controle normativo abstrato para defesa de interesses particulares, transformando todo o processo de controle normativo, inclusive o abstrato, em litigioso, quando tais interesses poderiam até ser contemplados em sede de controle normativo, mas concreto, a partir de recursos extraordinários, por exemplo. Na sequência, os autores comentam a proeminência estatística do uso de ações do controle abstrato dentro da aqui destacada categoria dos agentes não estatais em sentido estrito, os partidos políticos, explicitando a esperada - porém compatível com a noção de processo objetivo - proeminência dos partidos de oposição. Ao contrário do alemão, o constituinte brasileiro não confiou a uma parte de órgão constitucional (um quarto da Câmara Federal) tal competência de propor o controle abstrato, decisão pela qual fez jus à missão constitucional das minorias parlamentares de fiscalizar a constitucionalidade da política firmada pela maioria. Mas confiou tal missão aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, alcançando o mesmo efeito prático. Por isso, nada surpreende o discorrido por Dimoulis e Lunardi (2012: 212), segundo os quais: “Enquanto os partidos classificados como de esquerda tinham uma atuação muito forte até o fim do governo do Presidente Fernando Henrique, os partidos da direita e do centro foram muito mais atuantes após o início do governo Lula e a mudança de maioria política no Legislativo. A título indicativo, o Partido dos Trabalhadores apresentou 64 ADIN em 1994-1996 e somente 4 em 2004-2006. Inversamente o PFL apresentou 3 ADIN em 1994-1996 e 16 em 2004-2006”. Surpreendente é a constatação final dos citados autores (*ibid.*): “Seja como for, o STF raramente decide no mérito ADIN apresentadas por partidos políticos, sendo, na prática, muito limitada a possibilidade de a oposição utilizar o controle abstrato como instrumento para inverter decisões da maioria política”.

3. Atuação das organizações não governamentais

Tendo em vista a crescente relativização do Congresso Nacional como legítimo fórum para a discussão de matérias macropolíticas e ascensão do STF no sentido de substituí-lo na referida função, o STF esforça-se na busca de legitimidade democrática para suas decisões. Nesse sentido, cresce o papel das ONGs, tanto na propositura de ações quanto no acompanhamento dos procedimentos, com forte atuação nas audiências públicas e na apresentação de pareceres de *amicus curiae*. Essa atuação, aliada às condições institucionais supraexplicadas, tem marcado o caráter *litigioso* e *não objetivo* do processo constitucional. Como consequência, a politização do processo e das decisões é inexorável a tal ponto de toda decisão importante ser marcada por manifestações populares em frente à Corte.²³

Que os debates e audiências devessem se travar junto aos processos legislativos mais relevantes (e, destarte, não junto aos processos judiciais perante o STF) capitaneados pelas agendas programáticas dos partidos políticos e criticamente acompanhadas pela sociedade civil por intermédio da atuação consistente dos veículos de comunicação social, tornando a decisão política sedimentada na legislação uma decisão madura e democraticamente legitimada, parece ficar cada vez mais distante da consciência política coletiva. Nesse caso, caberia ao *amicus curiae* de fato auxiliar a Corte na busca de uma decisão jurídica correta junto ao controle normativo que deveria ser tão somente repressivo. Assim, a despeito das muitas vezes presentes “boas intenções” no que tange à concretização do bem comum, a atuação politicamente engajada das ONGs no ambiente das audiências públicas promovidas

Surpreende porque muito menos chances de êxito deveriam ter as ações do controle abstrato movidas pela confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional que perseguem, em regra, escopos mais particularistas (a exigibilidade pretoriana da tal pertinência temática entre o ato normativo atacado e seus estatutos demonstra-o cabalmente) do que as movidas pelas minorias parlamentares. Isso pode ocultar certa condescendência do STF com as leis de interesse de um governo, o que é plausível, sobretudo porque a nomeação de cada membro da Corte cabe, seguindo o modelo estadunidense, ao Presidente da República. Estão presentes novamente aqui (cf. supra sob o tópico 1.1.) as condições institucionais não muito favoráveis ao cumprimento da missão constitucional do STF de ser o “guardião da Constituição” (art. 102, *caput*, da CF).

²³ Vide, por exemplo, entre muitas outras, somente notícia publicada em <http://noticias.terra.com.br/brasil/manifestantes-protestam-em-frente-ao-stf-contra-aborto,743bdc840f0da310VgnCLD200000bbcecb0ARCRD.html> (último acesso: 31/12/2012).

pelo STF não tem em absoluto contribuído para a maturação do processo político brasileiro.²⁴

II. Principais decisões

1. Agenda do STF

A agenda do STF é em geral constituída pela pauta, que será formada pelos processos que serão julgados pelas turmas ou pelo pleno. Segundo o art. 21, x do RISTF, cabe ao ministro relator pedir dia para julgamento dos processos em que proferirá voto, ou ainda, segundo o inciso XIV do mesmo art. 21 do RISTF, cabe ao relator apresentar em mesa os autos dos processos que independam de pauta. Caberá ao ministro revisor pedir dia para julgamento dos feitos em que proferirá voto, segundo o art. 25, III do RISTF. No período em comento, a definição da agenda parece ter sido, no entanto, fortemente influenciada por um cálculo da Corte a respeito de quais decisões trariam maior benefício em termos de imagem à própria Corte.²⁵ É o que indica a análise a seguir:

No semestre imediatamente anterior ao período em comento, até março de 2011, o STF teve sua pauta de certa forma travada pela falta de um de seus juizes que havia se aposentado.²⁶ Por mais de seis meses, a Corte não pôde contar com seu *staff* completo, o que certamente atrasou o andamento dos trabalhos, notadamente a discussão ensejada pelo RE 633.703 que tratava da constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”,²⁷ julgamento que ficou empastado até a posse de um novo membro.²⁸

²⁴ Esse deslocamento do fórum competente para se travar tais debates democráticos enfraquece, de um lado, a democracia representativa e, de outro lado, não apresenta alternativa viável, pois não se constitui em instrumento de democracia deliberativa. Tem tão somente o condão de dar uma suposta legitimidade democrática a decisões políticas da Corte suprema, no exercício atípico de uma função constitucional, o que compromete, até logisticamente por ocupar indevidamente sua agenda, o cumprimento de sua função típico-constitucional.

²⁵ Apesar de o RISTF prever várias regras quanto à ordem do julgamento dos vários processos de competência da Corte.

²⁶ Trata-se do Min. Eros Grau, nomeado pelo Ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva, que foi membro do STF de junho de 2004 a agosto de 2010, quando se aposentou.

²⁷ Cf. apresentação, referências e análise dessa decisão no *report* 2010-11 em Martins, 2012-a: 114-16.

²⁸ Qual seja, do Min. Luiz Fux, em 3 de março de 2011. Na seção do dia 23 de março de 2011, o Min. Luiz Fux desempatou o julgamento, votando contra a aplicação da lei no pleito de 2010.

Em razão do referido atraso, o STF, no período de julho de 2011 a junho de 2012, parece ter procurado compensar o tempo perdido, julgando diversos casos de grande repercussão nos veículos de comunicação social. Entre tais ações destaquem-se as ações e recursos atinentes à concretização de direitos fundamentais, dessa vez, com enfoque privilegiado sobre direitos fundamentais da categoria direitos de liberdade (*status negativus*), como o RE 603.583/RS, que discutia a constitucionalidade do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) como condição precípua para o ingresso de bacharéis em direito nos quadros da advocacia brasileira.

Todavia, apesar do afã de por em dia os trabalhos, a Corte viu-se instada a adiar mais uma vez o julgamento do caso que ficou conhecido como “Mensalão”, a Ação Penal 470: Um julgamento de forte interesse para o governo federal, uma vez que os fatos delituosos penais imputados, já no ano de 2005, a deputados da base aliada e membros do governo do Partido dos Trabalhadores (PT) que ganhou as eleições em 2002 poderiam, como se temia, influenciar no resultado das eleições municipais de outubro de 2012.²⁹ Somente no mês de abril de 2012, foram julgados dois casos de grande relevância analisados abaixo como a ADPF 186, sobre as cotas raciais nas universidades, e a ADPF 54, sobre a antecipação do parto de fetos anencéfalos.

Já no campo de julgamentos da Corte sobre violações de direitos humanos, perpetradas também por parlamentares, ganharam destaque as recepções das denúncias contra um senador³⁰ e um deputado³¹ federal. Em fevereiro de 2012, foi finalmente recebida, após longa espera provocada por um pedido de

²⁹ O que não ocorreu (o PT corroborou sua proeminente força eleitoral ao eleger 633 prefeitos, incluindo o da maior cidade em termos populacionais e de relevância econômica do país, São Paulo-SP), revelando certa complacência do eleitorado brasileiro com a corrupção de órgãos públicos. Cf. <http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2012/quadro-partido-cargo.html> (último acesso: 31/12/2012).

³⁰ Cf. as reportagens: “STF recebe denúncia por trabalho escravo contra senador de TO”, disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/02/stf-recebe-denuncia-por-trabalho-escravo-contra-senador-de.html> (último acesso: 31/12/2012) e “Supremo aceita denúncia contra senador por trabalho escravo”, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1052739-supremo-aceita-denuncia-contra-senador-por-trabalho-escravo.shtml> (último acesso: 31/12/2012).

³¹ Cf. as reportagens: “STF recebe denúncia por trabalho escravo contra deputado federal de AL”, disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/stf-recebe-denuncia-por-trabalho-escravo-contra-deputado-de-al.html> (último acesso: 31/12/2012) e “STF abre ação contra deputado alagoano por trabalho escravo”, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1069274-stf-abre-acao-contra-deputado-alagoano-por-trabalho-escravo.shtml> (último acesso: 31/12/2012).

vistas que interrompeu o julgamento da admissão,³² uma denúncia proposta pelo Procurador-Geral da República em face de um senador da República, formalmente acusado de ter concorrido para os crimes de aliciamento de trabalhadores rurais de forma fraudulenta, no Estado do Tocantins (TO), para trabalharem em sua fazenda no Estado do Pará, crime tipificado no artigo 207, parágrafo 1º, do CP, além de frustrar a aplicação da lei trabalhista, crime tipificado no artigo 203 do CP. O senador também foi acusado de reduzir seus trabalhadores à condição análoga à de escravo, crime tipificado no artigo 149 do CP.

No final do mês de março de 2012, foi recebida outra denúncia, desta vez proposta pelo Procurador-Geral da República contra um deputado federal, também pelo crime de redução à condição análoga à de escravo de trabalhadores de sua fazenda no Estado de Alagoas (AL). Ambos os processos tramitam regularmente no STF e aguardam seus respectivos julgamentos, que não têm previsão para ocorrer.

Percebe-se, nesse período, que o ativismo judicial do STF, que antes era centrado nas ações de controle de constitucionalidade, está se expandindo para outras ações de competência da Corte, como para as ações penais movidas contra parlamentares federais. Com isso, o STF busca sem dúvida afirmar sua força diante dos outros poderes constituídos. Por outro lado, resta claro que o muito ambivalente conceito de ativismo judicial³³ corresponde aqui, em verdade, à percepção de competências constitucionais, até então não exercidas, o que se dava nos limites da prevaricação judicial.³⁴ Contudo, ainda é notável que, principalmente o Executivo tem exercido fortes pressões sobre a Corte,

³² O julgamento da admissibilidade ficara suspenso, em razão do referido pedido de vistas, desde outubro de 2010, isto é por longos 18 meses. Trata-se de uma prática recorrente, mas antirregimental, uma vez que o prazo de devolução determinado pelo art. 134 do RISTF c.c. art. 1º, *caput* e § 1º da Resolução 278 de 2003 que regulamentou justamente o art. 134 do RISTF é de 10 dias, prorrogável por igual tempo. No caso em pauta, o prazo regimental foi extrapolado por pelo menos 17 meses. Essa prática observável em muitos tribunais e também no STF sempre gerou suspeitas de “irregularidades” (para usar o eufemismo da moda em face do cenário político brasileiro repleto de casos de corrupção) na opinião pública, mais especificamente na comunidade jurídica. Obviamente, o dano em termos de imagem de uma Corte que reivindica cumprir seu papel político constitucionalmente prescrito de ser a “guardiã” da Constituição é muito mais grave.

³³ Vide discussão supra, às notas de rodapé 14 e 15.

³⁴ De resto, cf. mais uma vez a discussão supra em torno da alcunha do foro “privilegiado” à nota de rodapé 17.

sempre buscando o adiamento ou o adiantamento do julgamento de casos de acordo com seus respectivos interesses.³⁵ Somente isso já revela demasiada e preocupante politização da Corte, até mesmo no momento de fixar sua pauta, implicando uma agenda muito mais comprometida com a opinião pública do que com a CF.³⁶

2. Síntese das decisões

2.1. *Re 414.426/SC: Liberdade profissional dos músicos*

Objeto do RE 414.426-sc³⁷ foi um ato concreto da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), baseado na Lei nº 3.857/60, que proibiu uma apresentação de banda musical por seus integrantes não portarem carteiras profissionais e não comprovarem o pagamento das contribuições à citada ordem de classe.

Segundo o acórdão unânime do Plenário do STF, pelo qual se denegou provimento ao RE interposto pelos músicos, as exigências de inscrição na OMB e de o afiliado estar em dia com o pagamento de anuidade feririam o direito fundamental à liberdade profissional, uma vez que tal condição equivale

³⁵ Diante do caso do julgamento da AP 470, saltou aos olhos como a agenda do STF pode ser influenciada por interesses internos ou externos. Nesse caso, a pressão externa veio de grandes nomes do PT, notadamente do ex-presidente Lula que tentou de várias formas adiar ainda mais esse julgamento. Dentro da Corte alguns ministros pressionaram publicamente o ministro revisor, Ricardo Lewandowski, para colocar o processo em pauta, tendo em vista que cabia a ele essa tarefa. Cf. <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/ninguem-pressiona-juiz-do-supremo-diz-lewandowski.html> (último acesso: 31/12/2012) e <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2012/05/26/lula-pressiona-ministro-do-stf-para-adiar-julgamento-do-mensalao-447325.asp> (último acesso: 31/12/2012).

³⁶ Em face desse quadro, totalmente inócua é a persistente discussão teórico-constitucional em torno da legitimidade da Corte para atuar como legislador negativo ou até mesmo pontualmente como legislador ativo. O problema é centrado, como vêm demonstrando nossos “*reports*” nos últimos anos e em parte também demonstram as decisões sucintamente comentadas abaixo, em duas carências: um ambiente institucional pouco propício para se chegar a decisões consistentes em face de seus méritos e a qualidade técnico-jurídica das decisões propriamente ditas, cujas fundamentações sequer são colegiadas, o que na prática impede a comunidade jurídica e a leiga opinião pública de identificar, em geral, qual é a jurisprudência do STF, sobretudo, a respeito da concretização de direitos fundamentais. Na prática forense – e infelizmente em grande parte também em trabalhos acadêmicos – são trazidos excertos de ementas ou de fundamentações de votos deste ou daquele membro da Corte, como meros argumentos de autoridade trazidos à pauta na qualidade de elementos de persuasão para comprovação desta ou daquela tese em prol de partes processuais ou comprovação de preconceitos jurídicos transvestidos de reconhecimento científico no discurso acadêmico.

³⁷ Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395> (último acesso em 26/12/2012). Publicado também no DJe em 07/10/2011.

à exigência de licença expressamente proibida pelo art. 5º, IX, da CF. Como principal efeito de um acórdão forjado pelo Plenário do STF em sede de RE, os relatores de eventuais processos subjetivos (RE e AI) com o mesmo objeto foram autorizados a decidir monocraticamente (art. 6º, II, “b” c.c. art. 11, do RISTF) em conformidade com o precedente em tela.

Na fundamentação, o STF reconheceu que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício, pois a regra é a liberdade, nos termos do art. 5º, XIII, da CF, ainda que ela não seja absoluta. Somente quando houver potencial lesão ao interesse público, poder-se-ia exigir inscrição em conselho de fiscalização profissional. No mais, o STF decidiu que, no caso, o legislador infraconstitucional deverá ater-se a uma intervenção mínima, porque as limitações estabelecidas por lei ao exercício profissional devem ser pautadas nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

2.2. Re 603.583/RS: Constitucionalidade do Exame da OAB

O RE 603.583-RS³⁸ tem como objeto os art. 8º, IV e § 1º e art. 44, II, da Lei 8.906/94, que condicionam a inscrição nos quadros da OAB à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos, delegando à OAB a atribuição de regulamentar e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Por unanimidade, os julgadores negaram provimento ao RE, por não reconhecerem uma violação da liberdade profissional (art. 5º, XIII, da CF). Foi reconhecida a repercussão geral, produzindo o efeito do seu obrigatório conhecimento pelo STF e do reconhecimento da transcendência ou generalização dos efeitos da coisa julgada.

Na fundamentação, o STF, primeiro, reconheceu o caráter condicionante da liberdade profissional em face do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, sendo por consequência defeso ao Estado opor embaraços desarrazoáveis ou desproporcionais ao exercício de ofício, trabalho ou profissão, pressupondo-se sua licitude. Em segundo lugar, estaria presente, segundo o STF, uma reserva legal qualificada (art. 5º, XIII, *in fine*, da CF), reconhecendo

³⁸ Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975> (último acesso em 26/12/2012). Publicado também no DJe em 25/05/2012.

no risco para a coletividade consubstanciado na má operação do Direito a finalidade implícita na “qualificação” da reserva legal.³⁹ Tendo em vista a finalidade apontada, o exame de Ordem seria adequado. O STF descartou o meio de intervenção na liberdade profissional do exercício de um poder fiscalizador do exercício profissional a ser realizado pela OAB, enquanto alternativo ao notoriamente mais oneroso “escrutínio prévio”, como sendo “ineficaz” (inadequado).⁴⁰

Por fim, os benefícios provenientes da medida restritiva seriam superiores à afetação do art. 5º, XIII, pois o exercício de advocacia sem a capacidade técnica necessária causaria prejuízos ao cliente, desguarnecendo-o, e lesaria a coletividade, já que implicaria denegar a justiça enquanto pressuposto da paz social. De resto, o advogado ocuparia papel central na manutenção do Estado democrático de direito, na boa administração da Justiça e no acesso a ela.

³⁹ Trata-se, todavia, de uma reserva legal simples. O equívoco no voto do relator pode ser explicado por uma má compreensão do conceito jurídico-dogmático de marca germânica que é o conceito de reserva legal simples, em oposição à reserva legal qualificada. A qualificação da reserva se dá pela predeterminação constitucional: a) ou dos propósitos legítimos a serem perseguidos pelo legislador no uso de sua margem de discricionariedade aberta pela reserva; b) ou dos meios de intervenção; c) ou de uma situação específica geralmente atinente à proporcionalidade entre meios e fins perseguidos pelo uso da ressalva. Não é o que fez o constituinte brasileiro no art. 5º, XIII *in fine* da CF ao predeterminar, ainda que em tom condicional, mas que jurídico-dogmáticamente falando só pode ser interpretado como uma reserva legal, exceto se não reconhecermos o vínculo do legislador a todos os direitos fundamentais: “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Essa expressão não predetermina nenhum propósito ou meio específico que seria o único autorizado e à disposição do legislador. Primeiro, porque não faz sentido interpretar a expressão “qualificações profissionais” como sendo o propósito em si permitido da intervenção estatal na liberdade profissional. As qualificações profissionais imprescindíveis à boa formação de profissionais, tendo em vista a prevenção de violações a outros bens jurídicos de terceiros (coletivos ou individuais) – estes sim os propósitos a serem perseguidos pelo legislador – soam antes como meios para se atingir outros propósitos. Em segundo lugar, também não há qualificação pelo meio ou qualquer outra situação específica única e previamente autorizada pelo constituinte, porque a expressão escolhida pelo constituinte é muito genérica. Obviamente que o legislador, ao buscar compatibilizar o exercício da liberdade profissional com outros bens jurídicos relevantes (saúde pública, boa administração da Justiça, segurança das edificações etc.), restringirá o acesso aos quadros de uma profissão liberal ao estabelecer as “qualificações profissionais” (que, de resto, já foram chamadas de “condições” em constituições passadas brasileiras, como no art. 113, inc. 13, da Constituição de 1934). A respeito, vide: Martins, 2012-b: 160 e 167 *et seq.* e, também, Piroth e Schlink, 2011: 222-26.

⁴⁰ Aqui acertou o relator, pois o critério da proporcionalidade se processa pela via dos subexames consecutivos e respectivamente prejudiciais da licitude do propósito da intervenção, do meio e da relação de adequação e necessidade entre os dois. Vide a respeito: Dimoulis e Martins, 2012: 186-209.

2.3 ADPF 186: *Cotas raciais nas universidades*

Objeto da ADPF 186⁴¹, proposta por partido político,⁴² foi a implementação de uma política de cotas realizada pela Universidade de Brasília (UnB) por supostamente ferir o princípio da meritocracia para o acesso ao ensino superior, previsto no art. 208, v, da CF.

Na decisão de improcedência da ADPF 186 e consequente declaração de compatibilidade entre a política de cotas e a CF, o STF firmou, em seu acórdão, que as políticas de ações afirmativas adotadas pela UnB: a) têm um objetivo constitucional; b) mantêm uma implícita relação de proporcionalidade e razoabilidade; c) são transitórias; e d) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com a CF.

O fundamento da decisão foi o princípio da igualdade em sua acepção jurídico-material. A aplicação de requisitos meramente formais perpetuaria uma injusta e preexistente diferença. Defendeu-se, ainda, que variados princípios constitucionais flexibilizariam o mandamento do acesso ao ensino superior “segundo a capacidade de cada um”. Destacou-se a relação entre as ações afirmativas e a própria democracia, em sua característica inclusiva.

O relator apresentou inúmeros precedentes, nos quais a Corte já se posicionara sobre a constitucionalidade de outras ações afirmativas.

Sobre a questão da adoção do critério étnico-racial, fez-se alusão ao caso *Ellwanger*,⁴³ no qual se reconheceu que, ainda que as teorias sobre uma possível divisão entre as raças humanas com afirmações de suposta hierarquia entre elas não sejam cientificamente consistentes, o racismo persiste como fenômeno social, o que justificaria a utilização da raça como critério seletivo.

No direito comparado, buscaram-se exemplos apenas nos Estados Unidos da América, no caso *Grutter v. Bollinger* (2003) que, em sua essência, confirma as fundamentações de outro caso, mais emblemático, o *Califórnia v. Bakke* (1978).

Por fim, o relator tratou da proporcionalidade e razoabilidade (considerando-as sinônimas) das ações afirmativas adotadas pela UnB, limitando-se,

⁴¹ Até o fechamento do presente *report* (31/12/2012) ainda não publicado.

⁴² Pelo Partido “Democratas” (DEM), sucessor do extinto Partido da Frente Liberal (PFL), de direita conservadora, e, desde 2002, oposição ao atual governo do Partido dos Trabalhadores (PT).

⁴³ STF, HC 82.424-RS. A respeito, vide Martins, 2012-b: 211-238.

todavia, à determinação da relação lógica entre meios e fins tão característica do exame de razoabilidade de tradição estadunidense.

Dessa forma, segundo o relator do acórdão, a política de cotas da UnB é constitucional por perquirir um objetivo lícito (constitucional), manter relação de proporcionalidade e razoabilidade (sinônimos) e possuir caráter transitório.

2.4 ADPF 54: Antecipação do parto de fetos anencéfalos

Objeto da ADPF 54,⁴⁴ ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, foi a interpretação dos art. 124, 126 e 128, I e II, do CP.

Por maioria⁴⁵, o STF julgou-a, em 12.04.2012, procedente, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Ainda segundo o acórdão, a abrangência dos efeitos da coisa julgada ficou restrita à declaração de que certos dispositivos do CP deveriam ser interpretados conforme a Constituição, de forma a não admitir como hipótese de conduta típica do aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Em sua fundamentação, o STF constatou que houve, no caso, um confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e os igualmente legítimos interesses de parte da sociedade em proteger todos os que a integrariam, independentemente da viabilidade de sobrevivência, e não uma colisão real entre os direitos fundamentais dos fetos anencéfalos e os das mulheres, porque o anencéfalo absolutamente inviável não seria titular do direito à vida.

A decisão da Corte teria, segundo seu autoentendimento, relevância para a concretização dos direitos das mulheres, inclusive dos direitos reprodutivos, os quais não se encontram expressamente positivados no texto constitucional. Por fim, a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

⁴⁴ Até o fechamento do presente *report* (31/12/2012) ainda não publicado.

⁴⁵ Divergiram dois membros da Corte (Min. Lewandowski e Min. Peluso).

3. Repercussões nos meios de comunicação social

À exceção da primeira decisão, as demais três decisões analisadas repercutiram sobremaneira nos meios de comunicação social. No quantitativamente falando mais relevante noticiário televisivo, a repercussão foi acompanhada de uma avaliação, em geral, positiva, exceção feita à decisão sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem como se referirá a seguir. O STF tornou-se definitivamente “pop”, alcançou as massas como representante dos interesses republicanos e de algumas minorias. Como ocorrera no ano anterior com a decisão⁴⁶ que reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, estendendo-lhe praticamente os mesmos efeitos do casamento e, portanto, relativizando o tradicional instituto do direito de família, o STF por vezes descola-se da norma constitucional para buscar uma imagem pública “progressista”.⁴⁷

A decisão da constitucionalidade do estabelecimento de cotas raciais para o ingresso na universidade chegou até a dividir os espíritos entre anuentes e não anuentes, mas parece que os “aplausos” ocuparam mais o noticiário do que as “vaias”. Além do noticiário televisivo e especialmente das matérias jornalísticas dos publicadas nos periódicos semanais mais respeitados e à esquerda no espectro político-ideológico, alguns autores de essays publicados nestes mesmos periódicos não hesitavam em recepcionar positivamente a decisão.⁴⁸ Em um ambiente sociopolítico cada vez mais influenciado pelos mandamentos linguísticos derivados da correção política (*political correctness*), bradar contra uma decisão que pode ser avaliada como progressista, fomentadora da igualdade, com o condão de significar uma espécie compensação histórica de um grupo populacional tradicionalmente discriminado é para muitos uma atitude não recomendável.

Já a decisão sobre a antecipação do parto de fetos anencéfalos sofreu, como era de se esperar, fortes críticas de setores mais conservadores cristãos e de juristas positivistas ortodoxos que não admitem a possibilidade de se

⁴⁶ Cf. análise no *report* 2011 em Martins, 2012-a: 116-19.

⁴⁷ Se não prova, pelo menos forte indício desse reconhecimento é o recente interesse de partidos políticos pelos ministros do STF, sobretudo pelos aposentados que poderiam imediatamente candidatar-se a cargos eletivos, mesmo para os majoritários dos executivos municipais e estaduais... Vide, por exemplo, notícia nesse sentido publicada em <http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/86516/> (último acesso: 31/12/2012).

⁴⁸ Vide por exemplo: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cotas-etnicas-e-igualdade/> (último acesso: 29/12/2012).

reconhecer a inconstitucionalidade verificável no momento da aplicação de um tipo penal em razão de circunstâncias de impliquem violação de direitos fundamentais da gestante, que restaram, no entanto, bastante isoladas quando comparadas ao noticiário positivo.⁴⁹

Como aludido, a decisão sobre a constitucionalidade da exigência do exame da OAB repercutiu negativamente por ter tido o impopular efeito de barrar o acesso de novos bacharéis em direito aos quadros da advocacia. O argumento central dos críticos parece ser que, se um curso de direito for autorizado e reconhecido pelo competente Ministério da Educação (MEC), seria incompatível com a liberdade profissional e até com a famigerada dignidade da pessoa humana exigir do bacharel, egresso de faculdades reconhecidas pelo MEC, mas de qualidade de formação duvidosa, um exame elaborado por órgão não pertencente ao MEC que é a OAB. A repercussão parcialmente negativa dessa decisão é o “lado B”, por assim dizer, da política judicial de uma Corte suprema, que no afã de ter uma imagem de progressista junto à opinião pública, de ser “pop”, acaba sofrendo revezes justamente junto àquelas decisões que, em sede de conclusão, isto é, não obstante as recorrentes insuficiências na fundamentação, sejam corretas juridicamente, como a decisão em comento. Obviamente muitos dos argumentos dos “críticos” que não economizaram em expressões carregadas de *pathos* discursivos despidos de qualquer racionalidade jurídica como “vergonhoso julgamento”,⁵⁰ porque a decisão violaria a dignidade da pessoa humana dos bacharéis inaptos ao exercício da advocacia, são despidos de qualquer substância jurídica. O art. 5º, XIII, da CF outorga a liberdade profissional com uma explícita reserva legal simples, sendo que o seu uso pelo legislador ordinário que fixou o exame de ordem e fora objeto do julgamento em pauta observou claramente seu limite fixado implicitamente no

⁴⁹ Cf., por exemplo, as referências aos protestos feitas pelo conservador veículo “Veja”, de um lado: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/maioria-do-stf-libera-aborto-de-anencefalo> (último acesso: 31/12/2012); e, de outro, o mais ponderado noticiário realizado pelo periódico mais à esquerda do espectro político-ideológico brasileiro “Carta Capital”: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/maioria-do-stf-vota-por-interruptao-de-gravidez/> (último acesso: 31/12/2012)

⁵⁰ Cf. <http://inaciovachiano.com/2011/11/08/o-vergonhoso-julgamento-do-re-603-583rs-carta-aberta-aos-ministros-do-supremo-tribunal-federal-stf-examedeordempelomec/> (último acesso: 27/12/2012). A par da deselegância da expressão, resta claro que tais contundentes críticas são motivadas unicamente pela frustração de uma expectativa política, tal qual seria legítimo fazê-lo em face de uma lei que desagrade. De que a abordagem deva ser outra quando se pretende criticar uma decisão do STF, qual seja, uma abordagem *jurídico-constitucional*, não se tem sequer a consciência.

princípio da proporcionalidade. Em conformidade com o critério decorrente desse princípio, partindo-se de dados empíricos da notória falta de qualidade técnica dos bacharéis formados nos mais de 1.200 cursos autorizados pelo MEC, torna-se justificada uma intervenção estatal legislativa por representar em face do propósito da proteção da boa administração da Justiça - uma vez ser o advogado imprescindível à sua administração - um meio em si lícito, adequado e necessário, tendo em vista a inexistência de conhecidas alternativas menos onerosas. Tal exame, o STF fez com cuidado suficiente e, se fosse se pautar em um parecer de *amicus curiae* que merecesse tal nome, chegaria à mesma conclusão. No mais, a banalização do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser combatida com a rejeição de plano de tais esdrúxulos argumentos. Por fim, tais problemas são evitáveis quando uma Corte constitucional não avoca para si o papel de protagonista no cenário dos debates político-ideológicos, deixando-os ao legislador.

Concluindo, esse desenvolvimento no sentido de a Corte tornar-se protagonista na defesa ativa dos interesses difusos da coletividade que devem ser objeto de negociação democrática no seu foro adequado, respeitando-se o pluralismo político-ideológico, é muito preocupante quando se pensa na missão da Justiça constitucional em longo prazo. Com efeito, tem o nítido condão de comprometer a autonomia do sistema social jurídico, na sua tarefa de colocar o sistema político sob determinadas “rédeas”, a saber aquelas derivadas da Constituição vigente. Quando uma Corte suprema passa a se pautar e definir sua agenda ouvindo “a voz das ruas”, como alguns jornalistas influentes insistem em repetir,⁵¹ resta claro o enfraquecimento de sua capacidade funcional para cumprir sua missão constitucional precípua que é a de defender a ordem constitucional vigente, independentemente da correspondência de suas decisões a correntes políticas majoritárias ou contramajoritárias.

A promessa que se faz com a admissão despreocupada desse tipo de decisionismo judicial é a contribuição para o avanço do país por intermédio do combate às injustiças sociais, à secular e endêmica corrupção dentro do

⁵¹ Cf., por exemplo, o contributo do articulista do O Estado de S. Paulo, Arnaldo Jabor: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-importancia-historica-do-stf-,912447,0.htm> (último acesso: 31/12/2012). O novo presidente da Corte, Min. Joaquim Barbosa não hesitou em seu discurso de posse em proclamar que a “Justiça tem de ouvir a voz das ruas”: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1320908&tit=Justica-tem-de-ouvir-a-voz-das-ruas-diz-Barbosa-ao-assumir-o-STF> (último acesso: 31/12/2012).

Estado brasileiro e aos demais interesses “difusos e coletivos” (proteção do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, direitos do consumidor, desenvolvimento econômico sustentável etc.).

III. Perspectivas

Se a supramencionada promessa é, até mesmo em princípio, realizável é a questão. Por outro lado, certo parece ser que o caminho da Justiça constitucional brasileira, talhado em grande medida pela jurisprudência do STF no sentido de “avançar” nas questões constitucionais a partir de demandas sociais específicas, parece mesmo um caminho sem volta, a não ser que uma improvável superveniente maturidade política e do sistema educacional brasileiro ainda extremamente pífio,⁵² viabilizem o advento do já curtamente experimentado regime parlamentarista de governo⁵³ com a assunção pelos partidos políticos de suas efetivas responsabilidades constitucionais.

Todavia, a crise do modelo de democracia representativa, a extrema fraqueza dos partidos políticos, as velhas e resistentes mazelas do sistema político-eleitoral ajudam a pavimentar o caminho rumo a um *aparente* Estado judicial. A aparência é garantida por um STF disposto a decidir mesmo aqueles casos que escapam à sua missão de controlar repressivamente a constitucionalidade de leis, atos administrativos e decisões judiciais, que pressupõem, portanto, respectivamente, uma prévia decisão dos órgãos responsáveis pela fixação das políticas de longo e curto prazo (Legislativo e Executivo), mas que têm o condão de ocultar o fato de que os membros da Corte são exclusivamente eleitos pelo chefe do governo federal.⁵⁴

⁵² Cf. http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/11/121127_educacao_ranking_eiu_jp.shtml (último acesso: 31/12/2012): “Brasil fica em penúltimo lugar em ranking global de qualidade de educação”.

⁵³ O regime parlamentarista de governo teve vigência na história republicana brasileira pelo curto período entre agosto de 1961 e janeiro de 1963. Trata-se de um dos períodos históricos mais conturbados da claudicante história constitucional brasileira. Foi iniciado após a renúncia ao cargo de Presidente da República pelo populista e conservador, eleito em 1960, Pres. Jânio da Silva Quadros, como medida para se garantir a posse do então vice-presidente, João Goulart, alinhado ideologicamente muito à esquerda para o (des)gosto dos militares, e teve vigência até que o por plebiscito decidiu-se pela volta do presidencialismo a fim de se viabilizar as reformas sociais prometidas pelo Pres. Goulart que governaria, ainda, o Brasil, somente até o golpe militar de 31 de março de 1964.

⁵⁴ Cf. art. 101 c.c. art. 84, XVI, da CF.

Dessa forma, o maior interessado na relativização do poder político do STF implícito na constitucional competência de realizar um controle normativo independente, o Executivo, atinge plenamente seu objetivo e o princípio constitucional da separação das funções estatais acaba tendo um valor meramente simbólico,⁵⁵ como, aliás, sempre teve na histórica do claudicante constitucionalismo brasileiro.

Bibliografia

- Agra Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- Binenbojm, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- Dimoulis, Dimitri; Lunardi, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.
- Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.
- Hillgruber, Christian; Goos, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 2004.
- Leal, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Martins, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Martins, Leonardo. *Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2010-11*. in: Bazán, Víctor; Nash, Claudio. *Justiça constitucional y derechos fundamentales: El control de convencionalidad 2011*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2012-a, pp. 113-122.
- Martins, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012-b.

⁵⁵ Em alusão a NEVES, 2011.

- Martins, Leonardo. Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: *Report 2009-10*. in: Bazán, Víctor; Nash, Claudio. Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución 2010. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2011-a, pp. 135-147.
- Martins, Leonardo. Direito processual constitucional alemão. São Paulo: Atlas, 2011-b.
- Martins, Leonardo. Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: *Report 2008-09*. in: Bazán, Víctor; Nash, Claudio. Justicia constitucional y derechos fundamentales: aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela 2009. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2010, pp. 43-54.
- Martins, Leonardo. Retórica do processo constitucional objetivo no Brasil, In: Carmargo, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. Salvador. Jus Podivm, 2007, pp. 15-32.
- Mello, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- Mendes, Conrado Hübner. Controle de constitucionalidade e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- Neves, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- Pestalozza, Christian. Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder. 3ª. ed. Munique: Beck, 1991.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. Staatsrecht II. Grundrechte. 27ª. ed. C. F. Müller: Heidelberg, 2011.
- Ramos, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Tavares, André Ramos. Justiça constitucional. Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Larrea, Arturo Zaldívar Lelo de (org.). Estudos de direito processual constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 197-217.
- Vianna, Luiz Werneck (org.). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2011-2012)

Claudio Nash*
Constanza Núñez**

I. Introducción

En el estudio correspondiente al período 2010-2011¹ uno de los temas analizados fue el cómo las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema habían avanzado en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales. Constatábamos si ahí había existido un avance jurisprudencial en orden a reconocer que existe también la obligación de garantía respecto de estos derechos.

Observando lo ocurrido en el período actual podemos ver que esta línea persiste y que, por ejemplo, en marzo del año 2012 la Corte de Apelaciones de Santiago,² en el caso de una paciente afectada de un cáncer muy avanzado, señaló que, pese a que los medicamentos reclamados por la recurrente no

* N. de los ed.: Las referencias curriculares del autor fueron presentadas en el trabajo de su autoría que figura en la primera parte de esta obra.

** Asistente de Investigación en el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Irarrázabal, Paz y Nash, Claudio, "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)", en Bazán, Víctor y Nash, Rojas (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2012, pp. 123-133.

² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 21331-2011, de 9 de marzo de 2012.

podían curar la enfermedad, sino solo tener efectos paliativos de los síntomas, el factor o criterio de exclusión no podía radicar en la circunstancia de que la prestación del medicamento sea solo paliativa, sino que debe entenderse procedente su administración siempre y cuando redunden en un “beneficio para la sobrevivencia o calidad de vida”.³ En este sentido, la Corte ordenó al Ministerio de Salud y al Instituto Nacional del Cáncer otorgar el medicamento requerido por la afectada.

En este período, observamos otros temas relevantes para la protección de los derechos fundamentales en Chile, como son la igualdad y no discriminación, los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la educación. Es así como se analiza una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que se pronunció acerca de la constitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que ha señalado la Corte Suprema en cuanto a las características de la consulta previa contemplada en el Convenio 169 de la OIT y los avances jurisprudenciales que han realizado los tribunales superiores en cuanto al derecho a la educación, pese a que este no sea un derecho que permita en Chile ser titular de la acción de protección constitucional.

Pero no solamente daremos cuenta de los principales pronunciamientos de los tribunales del país en materia de derechos fundamentales, sino que también incluiremos un apartado en que se reseñan las leyes más importantes que se han promulgado en Chile durante el período 2011-2012, relevantes desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Destacaremos en especial la recientemente promulgada “Ley Antidiscriminación”, que constituye un importante avance para la protección del principio de igualdad y no discriminación en Chile.

II. Reseña de legislación relevante promulgada en el período

1. Ley n° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública⁴

La Ley n° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública establece definiciones y mecanismos para formar asociaciones de

³ *Ibid.*, considerando décimo.

⁴ Ley n° 20.500, de 16 de febrero de 2011.

ciudadanos, así como define las formas en que dichas entidades participarán de la gestión de las autoridades públicas.

Lo interesante de esta ley es que simplifica los trámites para constituir personas jurídicas sin fines de lucro, siendo el pilar fundamental de la normativa la libertad de asociación.⁵ Asimismo, se establece un fondo de fomento a organizaciones de interés público, como una forma de incentivar la creación de organizaciones que velen por la promoción del interés general en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente o cualquiera otra causa de bien común.

Otro pilar fundamental de la ley, además de la libertad de asociación, es el principio participativo.⁶ Se reconoce explícitamente el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión pública, poniendo a disposición de la ciudadanía información relevante y oportuna, dando cuenta pública participativa y estableciendo un conjunto de asuntos sobre los cuales de manera obligatoria debe conocerse la opinión de los ciudadanos. Para asegurar esta participación, se crean los Consejos de Organizaciones de la Sociedad Civil, de carácter consultivo.

Estas nuevas condiciones dan un marco normativo que favorece la asociación y la participación ciudadana, lo que fortalece la sociedad civil y perfecciona la democracia. Asimismo, la ampliación de las posibilidades de participación constituye un avance para velar por la transparencia y la probidad en las decisiones públicas.

Sin embargo, pese a que esta ley constituye un aporte importante para el fortalecimiento de la democracia en Chile, llama la atención que estas reformas no hayan sido acompañadas por la consagración constitucional del principio participativo. Esto principalmente porque la nueva ley establece que serán los órganos de la administración del Estado quienes deberán es-

⁵ Artículo 1°: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos. Este derecho comprende la facultad de crear asociaciones que expresen la diversidad de intereses sociales e identidades culturales.

Prohíbanse las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. Las asociaciones no podrán realizar actos contrarios a la dignidad y valor de la persona, al régimen de Derecho y al bienestar general de la sociedad democrática”.

⁶ Artículo 69: “El Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones. Es contraria a las normas establecidas en este Título toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana señalado en el inciso anterior”.

tablecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas en el ámbito de su competencia y, desde este punto de vista, la regulación constitucional hubiera fortalecido el principio y no hubiera dejado un margen tan amplio de discrecionalidad en los órganos públicos para implementar el mandato legal.

2. Ley n° 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución penal⁷

La Ley n° 20.507 incorpora al Código Penal chileno diversos tipos penales destinados a sancionar el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas. Se establece como delito, con sus correspondientes penas, el facilitar o promover, con ánimo de lucro, la entrada ilegal a Chile de extranjeros, con agravantes si las víctimas son menores de edad o si se ha puesto en peligro su salud e integridad física. También se tipifica como delito el facilitar o promover la entrada al país de personas para que ejerzan la prostitución y el trasladar, acoger o recibir personas para que sean objeto de explotación sexual o tráfico de órganos. De la misma forma, se establecen sanciones para quienes se asocien con objeto de cometer los delitos ya descritos.

Pero esta ley no solo se enfoca en la tipificación, sino que también establece normas para su prevención y persecución criminal. En cuanto a la persecución, la ley permite la cooperación entre fiscales y otorga beneficios a quienes entreguen información que conduzca a la captura de los perpetradores. Asimismo, mediante modificaciones a otros cuerpos legales, se establecen normas para la protección de las víctimas, entre las que se cuenta el derecho a que estas soliciten un permiso de residencia temporal, por un mínimo de seis meses, ya sea para decidir seguir las acciones judiciales en su favor o para regularizar su estadía en Chile.

En este proyecto se tomó en consideración la Convención de los Derechos del Niño, el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y principalmente la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus dos protocolos relativos al combate al tráfico de migrantes

⁷ Ley n° 20.507, de 8 de abril de 2011.

por vía terrestre, marítima y aérea y a la prevención, represión y sanción a la trata de personas, en especial mujeres y niños.

A través de esta normativa, hay un avance sustantivo hacia el cumplimiento de los compromisos internacionales al modificar la actual tipificación penal, haciendo coherente la legislación nacional con los instrumentos internacionales. De esta forma, solo queda pendiente de análisis la forma en que se implementarán las medidas de protección a las víctimas y cuáles serán los mecanismos a través de los cuales se concretará la prevención de estos delitos.

3. Ley n° 20.516. Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y establece el derecho a defensa técnica irrenunciable del imputado⁸

La reforma constitucional de 11 de julio de 2011 modificó el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política, introduciendo los nuevos párrafos 3 y 4 en el siguiente sentido:

La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene el derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Si bien el proyecto de ley se originó a fin de reconocer en el nivel constitucional el derecho de defensa a la víctima (modificación del inciso tercero), en la tramitación parlamentaria surgió la necesidad de otorgarle al derecho de defensa del imputado un respaldo constitucional.⁹ Si bien los antiguos incisos segundo y tercero del numeral 3 del artículo 19 garantizaban constitucionalmente el derecho a defensa técnica, la introducción de este inciso es relevante

⁸ Ley n° 20.516, de 11 de julio de 2011.

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, "Historia de la Ley n° 20.516", p. 54, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1027573>.

para la defensa porque eleva de manera expresa en el nivel constitucional el derecho a defensa técnica del imputado y agrega una garantía fundamental: la “irrenunciabilidad” de esta defensa. Esto trae como consecuencia que también se fortalezca el derecho del imputado a guardar silencio, ya que en virtud de esta normativa el consentimiento del imputado a renunciar a su derecho a guardar silencio sería irrelevante si no cuenta con la asesoría previa de su defensor.

Sin embargo, esta reforma traía consigo complicaciones prácticas desde el punto de vista de su compatibilidad con el Código Procesal Penal, es por ello que la Ley n° 20.592¹⁰ vino a modificar el citado código, para clarificar, por ejemplo, la forma y la oportunidad de designación del defensor. Así, el reformado artículo 8° inc. 1 del Código Procesal Penal indica que la designación del abogado la efectuará el juez “antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia del imputado”.

4. Ley n° 20.609 que establece medidas contra la discriminación¹¹

Tras siete años de discusión parlamentaria fue aprobada por el Congreso Nacional chileno la ley que establece medidas contra la discriminación, también llamada “Ley Antidiscriminación”. La contingencia hizo posible la aceleración de tramitación de esta ley, dado que se promulgó en el contexto del asesinato a un joven por su condición homosexual. Esta ley tiene como objetivo central establecer un mecanismo de protección jurisdiccional frente a casos de discriminación, pero además establece otras cuestiones dignas resaltar, tanto aspectos positivos y deficiencias, como grandes desafíos.

Lo más importante y positivo de esta ley es el establecimiento de un mecanismo jurisdiccional para la protección de las personas frente a actos discriminatorios, ya que hasta ahora los mecanismos que debieron servir al efecto (acción de protección) no han cumplido el papel de ser un mecanismo eficaz para la protección del principio de igualdad y no discriminación. Además, cabe destacar la amplitud que se le da a la autoridad de adoptar no solo las medidas para dejar sin efecto el acto discriminatorio, sino que además el juez puede tomar “las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer

¹⁰ Ley n° 20.592, de derecho de defensa de los imputados, de 2 de junio de 2012.

¹¹ Ley n° 20.609, de 24 de julio de 2012.

el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.¹² Asimismo, es altamente positivo que se deje expresa constancia de la obligación que tiene el Estado de adoptar políticas eficaces para superar las situaciones de discriminación presentes en la sociedad chilena.¹³

Sin embargo, existen varias deficiencias en la ley, que pueden ser superadas a través de una aplicación de buena fe de la misma. Una de las principales objeciones es que la definición de discriminación no es afortunada.¹⁴ En efecto, en derecho internacional de los derechos humanos ya no se habla de “discriminación arbitraria” ya que se entiende que toda discriminación es arbitraria; hoy se señala que lo que puede ocurrir es que en algunos casos estemos ante formas de trato diferenciado legítimo (cuando hay fin legítimo, se basa en criterio objetivo y la medida es razonable), pero eso no es una discriminación. Asimismo, creemos que es un error la forma en que se plantea la solución de conflictos entre derechos, no es posible que en un sistema complejo de normas se establezcan preferencias *ex ante* entre principios constitucionales de igual jerarquía a través de una ley.¹⁵ Así, esto plantea la duda de la efectividad de la consagración constitucional del principio de igualdad y no discriminación.

En este contexto, es relevante plantear algunos desafíos de la ley. Por una parte, para el Estado, es central adoptar todas las medidas necesarias para que esta ley pueda gozarse y ejercerse plenamente en la práctica, por lo que será

¹² Artículo 12.

¹³ Artículo 1°.

¹⁴ Artículo 2°, “Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

¹⁵ *Ibíd.*, inciso final.

necesario que se revisen los obstáculos normativos que puedan existir para su plena implementación. Asimismo, será necesario capacitar a los operadores de justicia en temas de no discriminación y especializar a la defensa pública en esta materia. Sin duda que el desafío central lo tendrán los jueces para llevar a la realidad el principio de igualdad y no discriminación, de una manera eficaz y mirando adecuadamente los desafíos que presenta cada titular de derecho en el contexto en que se encuentra; esto en una sociedad compleja, multicultural y con grandes grupos discriminados. También hay un desafío para la sociedad civil, de empoderarse y usar esta ley de manera persistente e intentando ampliar su campo de protección.

En síntesis, esta ley representa un paso importante para la plena vigencia de los derechos humanos en Chile, aunque tiene ciertos problemas que deberán ser superados en su implementación cotidiana.

III. Reseña de sentencias

1. Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁶

Los señores Peralta y Arias, en septiembre de 2010, solicitaron a una oficial del Registro Civil una hora para contraer matrimonio, solicitud que les fue denegada por la oficial, aduciendo que la legislación chilena solo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Posteriormente, los señores Arce y Lillo pidieron ante la autoridad civil la convalidación de su matrimonio contraído en Argentina y los señores Abran y Mardones le requirieron que se inscribiera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá. Ambas peticiones fueron rechazadas por la oficial del Registro Civil, institución encargada del trámite de inscripción de matrimonios, quien señaló que solo podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

En este contexto, los afectados interpusieron una acción de protección en contra de la oficial del Registro Civil, señalando que negar la posibilidad de contraer matrimonio o de inscribir uno válidamente celebrado en el extranjero a dos personas, por su condición sexual, constituye un grave atentado al derecho a la igualdad. Conociendo del recurso, la Corte de Apelaciones

¹⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1881-10, de 3 de noviembre de 2011.

de Santiago solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil,¹⁷ que consagra al matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de esta norma para estos casos en concreto, pero no se refirió al fondo de la cuestión y optó por una vía formal señalando que no tenía competencia para pronunciarse sobre el asunto, ya que lo que se pretendía era la reformulación de un sistema de normas de modo integral y que se regulara positivamente una institución de un modo distinto del actual.¹⁸ Sin embargo, el problema radica en que, si el Tribunal Constitucional estima que la regulación civil que establece que una institución relevante para la vida en sociedad solo pueda ser gozada por parejas heterosexuales, y por tanto, excluye a las parejas del mismo sexo, debiera justificar la constitucionalidad de un trato diferenciado.

De esta forma, la magistratura constitucional omitió el ejercicio básico de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹⁹ que es controlar la constitucionalidad de una norma cuya aplicación no está permitiendo el trato de las personas en condiciones de igualdad y no discriminación. Si del ejercicio de contraste entre la norma civil y la Constitución se desprende que hay un trato discriminatorio (antinomia) o al menos un déficit de protección (laguna), debe establecerlo explícitamente. La referencia a que esta es una obligación del legislativo (regular la institución) es correcta, pero ello debe hacerse en un marco constitucional que el Tribunal Constitucional es el llamado a fijar. No puede aceptarse una interpretación de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que no dé efectividad a los derechos constitucionales que son base de legitimidad de las normas legales; la reserva de ley no es un espacio que queda al margen del control de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella consagrados.

¹⁷ Artículo 102 del Código Civil: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1881-10, considerando noveno.

¹⁹ El propio Tribunal Constitucional chileno ha precisado el alcance de este control: “En efecto, la acción de inaplicabilidad tiene como objetivo impedir que un determinado precepto legal sea aplicado en un caso concreto cuando de ello se pueden derivar consecuencias inconstitucionales” (Tribunal Constitucional, Rol 1881-10 de 3 de noviembre de 2011, apartado tercero, considerando octavo).

Este déficit argumentativo es consistente con el tratamiento que la magistratura chilena ha dado a las personas homosexuales en distintos asuntos jurídicos. En efecto, como reseñamos en la publicación anterior,²⁰ existen dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional chileno, referidos a la constitucionalidad del delito de sodomía,²¹ y en ambos el Tribunal Constitucional ha seguido una línea argumentativa que carece de la neutralidad necesaria que debe tener un Estado democrático, estableciéndose discriminaciones cuyo objetivo legítimo está basado en prejuicios sociales.

2. Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones al acoger acciones de protección interpuestas en favor de alumnos expulsados de establecimientos educacionales en el contexto de movilizaciones estudiantiles²²

Durante el año 2011 se generó en Chile un movimiento estudiantil amplio, que buscaba mejorar la educación en cuanto a su acceso, calidad y costo. En este contexto, los estudiantes de educación escolar secundaria adoptaron la estrategia de realizar “tomas” de establecimientos educacionales como mecanismo de protesta. En esta situación, los directores de los establecimientos y algunos alcaldes decidieron tomar medidas disciplinarias y expulsar a grupos de alumnos que habían participado de dichas manifestaciones.

En este contexto, se interpusieron a favor de los alumnos expulsados de los liceos numerosas acciones de protección que buscaban la reincorporación de los estudiantes, aduciendo que las medidas vulneraban el debido proceso (no ser juzgado por comisiones especiales), el derecho a la educación y el principio de igualdad y no discriminación. Ante esta situación, las Cortes de Apelaciones, en numerosos pronunciamientos, asentaron importante jurisprudencia en el tema.²³

²⁰ Irarrazábal, Paz y Nash, Claudio, ob. cit., p. 130.

²¹ Tribunal Constitucional, Rol 1334-2009, de 19 de marzo de 2009 y Rol 1683-2011, de 4 de enero de 2011.

²² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 808-2012, de 12 de abril de 2012.

²³ A modo de referencia se pueden mencionar: Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 187-2011, de 5 de septiembre de 2011, confirmada por la Corte Suprema, Rol 8888-2011, de 30 de septiembre de 2011; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 933-2012, de 4 de junio de 2012, Rol 15876-2011, de 14 de noviembre de 2011, Rol 808-2012, de 12 de abril de 2012, confirmada por la Corte Suprema, Rol 3279-2012, de 10 de julio de 2012, Rol 2266-2012, de 4 de mayo de 2012, confirmada por la Corte Suprema,

Un caso ilustrativo de esta situación lo constituye la situación de los alumnos y alumnas expulsados del Liceo Augusto D’Halmar que estuvo ocupado por los estudiantes durante seis meses. Los recurrentes en dicho caso señalaron que el acto era arbitrario e ilegal, pues la cancelación de las matrículas a los estudiantes fue fundamentada exiguamente, con imputaciones imprecisas y sin posibilidad de defensa ni apelación por parte de los alumnos, ante lo que los recurridos señalaron que la medida correspondió a la necesidad en que se encontraba la autoridad de hallar una medida para que los apoderados de los alumnos respondieran por los daños causados por sus pupilos en la ocupación del establecimiento.

Se destaca de este fallo en primer lugar que la Corte, al momento de comenzar a analizar el tema, señala que el principio del “interés superior del niño” debe tenerse siempre presente cuando se analicen casos en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, señala que siempre cuando existan conflictos que pudieran producirse entre el niño y, entre otras, las autoridades educacionales, ya sea, que surja por las medidas materiales que esta adopte, o por las disposiciones reglamentarias que estas invoquen y apliquen, aquellos se deben resolver priorizando el derecho del interés superior del niño sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño o niña.²⁴ Es así como señala que, si bien la autoridad educacional puede tomar medidas en relación con el estudiante, esta al hacerlo debe velar para que con ellas no estén en juego los derechos fundamentales —entre ellos, respetar y reconocer su derecho a la educación— por lo que aquellas medidas deberán siempre ser entendidas de manera muy restringida y aplicadas con absoluto apego a la ley.²⁵

Otro aspecto relevante del fallo lo constituye el hecho de que se reconoce que la determinación legal de mérito para imponer sanciones debe atender a fines constitucionalmente válidos, consistentes en respetar el ámbito de derechos de los niños y niñas. Es así que medidas adoptadas en contra de los alumnos por los que se recurre que obedecen a motivos tales como “el apo-

Rol 4001-2012, de 8 de junio de 2012, Rol 3533-2012, de 16 de mayo de 2012; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 232-2011, de 3 de noviembre de 2011; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1125-2011, de 3 de octubre de 2011.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 808-2012, de 12 de abril de 2012, considerando cuarto.

²⁵ *Ibíd.*, considerando quinto.

derado no se hace responsable por los destrozos ocasionados por su pupilo” se consideraron como abusivas y desproporcionadas, considerando la Corte que no se divisa en dicho tipo de medidas qué beneficio aporta su imposición a la protección de los niños y niñas.²⁶

Los derechos fundamentales violados en este caso son los consagrados en los numerales 2 y 3 del artículo 19 constitucional, esto es, debido proceso.

Queremos destacar que en este fallo, además de reconocer el principio de igualdad y no discriminación, interés superior del niño, y el derecho al debido proceso, el derecho a la educación aparece como un derecho que irradia toda la argumentación de la Corte, lo que constituye un avance importante para la jurisprudencia chilena, considerando que muchas veces este derecho ha gozado de protección indirecta a través del derecho de propiedad, por no ser un derecho que habilite directamente la interposición de la acción de protección. Al efecto la Corte señala en el considerando 5° inc. final:

En consecuencia, si bien puede la autoridad educacional tomar medidas en relación al menor, ésta al hacerlo debe velar para que con ellas no estén en juego los derechos fundamentales —entre ellos, respetar y reconocer su derecho a la educación— por lo que aquellas medidas deberán siempre ser entendidas de manera muy restringida y deberán ser aplicadas con absoluto apego a la ley.

2.1. Sentencia de la Corte Suprema que establece la obligación del Estado de no discriminar en la prestación de servicios educativos a niños con necesidades especiales²⁷

Esta sentencia se refiere al caso de un niño de 14 años de edad quien posee un Síndrome Hipotónico, Síndrome de Distrés Respiratorio y Apneas que lo obligan a permanecer con ventilación pulmonar permanente, por lo que requiere de atención educacional en su domicilio. Esta atención había sido otorgada hasta el año 2011 por la escuela “Conile” de Temuco, la que a fines de ese año comunicó que no seguiría prestando dicho servicio, sin señalar los motivos de su decisión.

²⁶ *Ibíd.*, considerando séptimo.

²⁷ Corte Suprema, Rol 3549-2012, de 30 de mayo de 2012, que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 408-2011, de 23 de abril de 2012.

Frente a esta situación, la madre del niño recurrió a una acción de protección en contra de la Escuela y la Secretaría Regional Ministerial de Educación (SEREMI), por estar vulnerándose la igualdad ante la ley e indirectamente el derecho a la educación.²⁸ La directora de la escuela señaló que se encontraban imposibilitados de seguir brindando sus servicios educativos ya que el Ministerio de Educación se había negado a pagar el subsidio correspondiente por los niños que reciben atención domiciliaria. La SEREMI por su parte, argumenta que el reglamento que permite la aplicación de la atención educacional domiciliaria aún no había sido dictado y por ello no se podía otorgar la educación que el niño necesitaba.

Con base en estos antecedentes, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó la acción intentada en contra de la escuela, pero acogió el requerimiento contra la SEREMI. En dicha ocasión señaló que se vulneró el principio de no discriminación y el derecho a la educación, por cuanto el adolescente respecto del cual se recurrió, encontrándose en los casos que contempla la Ley n° 20.422 (que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad) y estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no había recibido del Estado la educación que necesita, por falta de dictación de un reglamento, lo que es absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley n° 20.422, como por la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por Chile.²⁹

De esta manera, se ordenó a la SEREMI proporcionar a la escuela los medios necesarios para que pudiera continuar otorgando servicios educativos al adolescente. Al efecto el considerando 7° dispone:

Que, al tenor de lo consignado en el fundamento quinto de esta sentencia, se desprende que, en la especie, se ha vulnerado el principio a la no discriminación y el derecho a la Educación, en relación al primero por cuanto el adolescente respecto del cual se recurrió, encontrándose en los casos que contempla la Ley n° 20.422 y estando capacitado para

²⁸ Como señalamos en la reseña del fallo anterior, en la normativa chilena, el derecho a la educación no constituye un derecho que habilite la interposición de la acción de protección por lo que se recurre al derecho de propiedad sobre el bien de la educación a objeto de ejercitar la acción.

²⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 408-2011, considerando séptimo.

estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley n° 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país, de manera que, forzoso es concluir que a su respecto debe acogerse el recurso intentado, por cuanto es la propia ley la que señala expresamente que es el propio Ministerio de Educación quien debe asegurar la atención escolar en el lugar que, por prescripción médica, deba permanecer el adolescente.

Esta sentencia, que fue confirmada por la Corte Suprema, es relevante desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, ya que reconoce de forma explícita la necesidad de que el Estado adecue sus conductas en conformidad a la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y consagra que la falta de dictación de un reglamento no puede obstar al cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por el Estado y garantizadas constitucionalmente. En este sentido, la normativa internacional complementa y da concreción al derecho a la educación de las personas con necesidades especiales a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación.

2.2. Sentencia de la Corte Suprema que establece la singularidad de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT respecto de otros mecanismos de participación ciudadana³⁰

La jurisprudencia nacional había sido vacilante, hasta el momento, en orden a reconocer la obligatoriedad del deber de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT y los requisitos que esta debía cumplir para satisfacer los estándares internacionales. En algunas ocasiones había señalado que bastaba con los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la legislación chilena, subordinando el tratado a la normativa interna,³¹ y en otros se avanzó en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, pero sin hacer

³⁰ Corte Suprema, Rol 258-2011, de 13 de julio de 2011, Rol 10090-2011, de 22 de marzo de 2012.

³¹ Corte Suprema, Rol 1525-2010, de 17 de mayo de 2010.

referencia al Convenio³² o utilizando otros instrumentos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.³³

Sin embargo, desde julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama) se ha podido advertir una tendencia a reconocer la singularidad jurídica de la consulta respecto de los otros mecanismos establecidos en la legislación chilena para la participación ciudadana y las características especiales que la consulta debe tener.

En dicha ocasión, la Corte Suprema se pronunció a propósito de una acción de protección interpuesta por la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao, en contra de una resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, que calificó favorablemente el proyecto que actualizaba el plan regulador de la comuna de San Pedro de Atacama. En concepto de los recurrentes, la decisión fue arbitraria e ilegal por no haber ingresado a una evaluación de impacto ambiental debiendo haberlo hecho, pues el proyecto afectaba a poblaciones, recursos y áreas protegidas. Asimismo, reprocharon el haber faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio n° 169 de la OIT, no obstante estar frente a una decisión administrativa que afectaba al asentamiento indígena.

En este contexto, la Corte Suprema señaló que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella³⁴ y que, pese a que se alegó por la parte recurrida que se incluyeron mecanismos de participación ciudadana, la Corte señala que las instancias de participación utilizadas distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta, cuya omisión se reprocha. En efecto, se señaló que desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados.³⁵ Es interesante transcribir el razonamiento de la Corte en este sentido:

³² Corte Suprema, Rol 5757-2010, sentencia de 15 de septiembre de 2010.

³³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, sentencia de 4 de agosto de 2010.

³⁴ Corte Suprema, Rol 258-2011, considerando quinto.

³⁵ *Ibíd.*, considerando octavo.

OCTAVO: Que las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de las singularidades del instrumento de planificación territorial propuesto y de sus efectos, junto con los criterios considerados respecto de cada uno de los contenidos del Plan Regulador Comunal; en realizar audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad; y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal en sesión citada expresamente para este efecto.

Sin embargo, desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de éstas.

En otras palabras, es posible constatar que se ha optado por la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones;

NOVENO: Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro pro-

ceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas;

Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver;

DÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio n° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

La segunda sentencia en análisis se origina a propósito de una acción de protección interpuesta por la Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique en contra de la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”. Esta resolución tampoco contempló un proceso de consulta, pese a que el proyecto se encontraba en un lugar de hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, relacionados con las prácticas funerarias de la comunidad. En este contexto, la Corte, además de reiterar la importancia de realizar la consulta previa con las características reseñadas en el fallo anterior,³⁶ señala que la decisión es ilegal pues lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque, al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.³⁷

Creemos que la línea jurisprudencial que ha adoptado la Corte Suprema constituye un avance muy importante para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y para la implementación del Convenio 169 de la

³⁶ Corte Suprema, Rol 10090-2011, de 22 de marzo de 2012, considerando octavo.

³⁷ *Ibíd.*, considerando noveno.

oit en Chile. De esta forma se reconoce la obligatoriedad de la consulta y la importancia que tiene esta para las posibilidades de las comunidades indígenas de influir en las decisiones administrativas que puedan alterar su entorno y condiciones de vida. El reconocimiento de la identidad cultural y la importancia de esta para el diseño de proyectos y políticas públicas va en la línea que se ha destacado por la jurisprudencia interamericana para la efectiva protección y goce de los derechos cuando los titulares son pueblos indígenas.³⁸ Además, es relevante que la argumentación de la Corte se dé desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, como sustento constitucional de la aplicación particular del Convenio n° 169 a estos casos.

IV. Conclusiones

Como hemos podido dar cuenta en este informe, durante el periodo 2011-2012 se han registrado importantes avances normativos, sin duda, que destaca la ley antidiscriminación, que, pese a sus defectos, puede cumplir un importante rol en la protección de los derechos humanos en Chile. La interpretación que se haga de esta ley por parte de la judicatura será fundamental y constituirá una oportunidad para desarrollar estándares sobre discriminación aún ausentes en el sistema nacional. No ayuda mucho a una mirada esperanzadora la sentencia sobre matrimonio de personas del mismo sexo, en particular, por la incapacidad del Tribunal Constitucional de ver que lo que estaba en juego era una cuestión constitucional de primer orden, como es el derecho a la igualdad y no discriminación.

La jurisprudencia que se comenta muestra, como ha sido una constante en los últimos años, un lento proceso de avance en materia de derechos fundamentales. Sin duda que la mejora en la protección jurisdiccional de los derechos (caso sobre derecho a la educación y el de niños con necesidades especiales) que supere la estrechez de la actual acción constitucional de protección de derechos (artículo 20 constitucional) da esperanzas de una actuación judicial más efectiva y menos formalista.

Asimismo, es relevante que los tribunales superiores estén adentrándose en los temas indígenas haciendo uso del Convenio n° 169 de la oit, ya que

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", sentencia de 21 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 159.

este instrumento presenta un potencial relevante a la hora de aproximarse a la cuestión indígena desde una perspectiva de derechos humanos y, en particular, desde una perspectiva de igualdad y no discriminación de un grupo que ha vivido históricamente excluido y discriminado.

Como estamos acostumbrados, pequeños avances para grandes desafíos.

Eficacia de la sentencia “Atala Riffo vs. Chile” en la jurisprudencia de terceros países: Recensión de la Sentencia n° 2012-05590 de 2 de mayo. Acción de inconstitucionalidad promovida por Y.C.F. contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social

Gilbert Armijo*

La Sentencia n° 2012-05590 de 2 de mayo ha sido dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, con arreglo a las potestades señaladas en el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, y, en las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley n° 7.135 de 11 de octubre de 1989, en cuya virtud le corresponde a esa Sala especializada de la Corte determinar la regularidad constitucional de todo el ordenamiento jurídico, así como la función de intérprete último de las normas constitucionales.

I. Sobre el efecto extensivo del derecho a la salud e interdicción de la discriminación para las parejas homosexuales

En dicha sentencia la Sala Constitucional conoció la acción de inconstitucionalidad planteada por Y.C.F. contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. Esta norma fue impugnada en cuanto

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

define como compañero, para efectos de constituirse como beneficiario del seguro de salud, a la “persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo”. Según el actor, dicha disposición vulnera los principios de reserva de ley, igualdad y no discriminación, así como el derecho a la salud, reconocidos en los artículos 21, 33 y 51 de la Constitución Política, los artículos 1° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1° del Pacto de San José, 2° inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2° y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la medida en que veda la posibilidad de las parejas del mismo sexo de obtener la condición de asegurados.

De acuerdo con el actor, la norma cuestionada establece una discriminación infundada por motivos de orientación sexual. En apoyo a su tesis el accionante se sustenta en diversos pronunciamientos emitidos por organismos internacionales de protección de derechos humanos, entre ellos, el contenido de la Comunicación n° 941-2000 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual estableció que la discriminación a la que refiere el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la orientación basada en la sexualidad de la persona. En igual sentido, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos n° AG/RES-2435 (XXXVIII-0-08) de 18 de diciembre de 2008, según la cual el apartado o categoría “sexo” que aparece en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos no puede servir de fundamento para discriminar a ninguna persona, y comprende la orientación sexual de ellas.

También es importante mencionar el Comentario General n° 20 de mayo de 2009, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que exige que los Estados partes garanticen que los derechos del Pacto sean aplicados sin discriminación de ninguna clase, ya sea por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, con lo que el tipo de discriminación que se prohíbe es el que se define en el documento citado como “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar

el reconocimiento, goce, ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”. Finalmente, el accionante menciona el “Caso Atala Riffo vs. Chile” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. El “Caso Atala Riffo vs. Chile” frente al criterio del margen de apreciación nacional

La mayoría del Tribunal Constitucional costarricense, integrada por la Magistrada Calzada Miranda y los Magistrados Mora Mora, Castillo Víquez y Rueda Leal, consideró que la norma impugnada no era incompatible frente al derecho de la Constitución ni a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables en la República. Acerca del particular, la mayoría de la Sala agrupó los argumentos del actor en dos fundamentales: el primero, por violación del principio de reserva de ley y, el segundo, por motivos de discriminación en razón de su orientación sexual. En cuanto a lo primero, la mayoría del Tribunal Constitucional consideró:

[...] que la Caja Costarricense de Seguro Social está facultada para emitir los reglamentos de los seguros bajo su administración, sin que el ejercicio de esa facultad implique, por sí mismo, infracción alguna de orden constitucional. En virtud de ello, no estima la Sala que el artículo 10 del Reglamento del Seguro de Salud sea inconstitucional, bajo el argumento planteado por el accionante (principio de legalidad), por lo que la acción debe ser desestimada en cuanto a este extremo, toda vez que la Caja es el ente encargado de la administración de la seguridad social y está dotada de máxima autonomía para ese fin, por lo que tiene a su vez plena competencia para establecer los alcances de las prestaciones propias de la seguridad social vía reglamento, de manera que puede definir las condiciones, beneficios y requisitos de ingreso de cada régimen de protección.

En cuanto a lo segundo, el actor expresamente solicitó la aplicación de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Atala Riffo vs. Chile”. Lo anterior fue negado por la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al considerarse que el voto de mayoría de la Corte no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democra-

tización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló por el contrario el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala “es claro que el ‘juicio base’ de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto”. Lo anterior por cuanto, en aquel caso se tiene como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual.

De esta forma, la mayoría del Tribunal Constitucional en el caso concreto se apoya para sustentar su tesis en el conocido criterio del margen de apreciación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha utilizado para relativizar el alcance universal y uniforme de los derechos fundamentales en los países que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950. Es decir, los 47 países que actualmente integran la jurisdicción de ese Tribunal. Dichas sentencias del TEDH son utilizadas por la mayoría de la Sala para negarse a aplicar, en todos sus alcances, el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Atala Riffo vs. Chile”. Lo anterior, pese a que dicho criterio del margen de apreciación no es propio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual más bien ha abogado en sus decisiones por el carácter vinculante de sus consideraciones a todos los Estados que han suscrito el Pacto de San José de Costa Rica.

Es claro que esta decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional riñe con el carácter normativo supraconstitucional que se ha reconocido a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense, lo cual lógicamente también incluye las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque

el Estado costarricense no sea parte de las controversias que motivaron un pronunciamiento de la Corte.

Acerca del particular, es preciso reiterar que en el ordenamiento jurídico costarricense los instrumentos internacionales de derechos humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, como en el caso español, por ejemplo, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad o derecho fundamental que el previsto en la Constitución Política, priman sobre las disposiciones del texto constitucional.

En este sentido, se ha sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura o tutela a un determinado derecho, deben prevalecer sobre estos. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política. Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supraconstitucional de estos instrumentos.

III. Sobre la necesidad de potenciar el diálogo jurisprudencial como un mecanismo efectivo de protección de los derechos humanos en América Latina

Lo anterior, sin embargo, es soslayado por la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia de comentario, en la cual se niega la posibilidad de establecer un diálogo jurisprudencial con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, únicamente por el hecho de que Costa Rica no fue parte en el “Caso Atala Riffo vs. Chile”, pese a que en ambos supuestos fácticos se trata de discriminaciones por razones de orientación sexual.

En el voto de minoría, en cambio (compartido por los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Cruz Castro con redacción del suscrito), se declara que la norma impugnada es inconstitucional y transgrede el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad o del derecho de la Constitución. Al respecto, en el voto salvado se indicó que en virtud del artículo 31.1 de la Convención de Viena,

si un Estado firma un tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, como en el presente caso, con relación al Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se dijo que aunque ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a las sentencias de la Corte Interamericana, salvo obviamente, para el caso concreto, lo cierto es que forma parte de una línea jurisprudencial de larga data por parte de esta Sala el criterio expresado en la sentencia n° 2313-95 de 9 de mayo, en el sentido de que:

[...] tratándose de instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución [vid. Sentencia n° 3435-92 y su aclaración, n° 5759-93].

Y la de que:

[...] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

Es por ello que existe una vinculatoriedad moral y jurídica de acatamiento de lo dicho por la Corte Interamericana ya que el incumplimiento de los tratados y de las decisiones de esa Corte podría imponer responsabilidad internacional al Estado. De ahí que todas las decisiones de la Corte Interamericana son vinculantes para el Estado costarricense, aunque no sea parte

de los litigios. Al respecto, la Corte Interamericana ha expresado en el “Caso Atala Riffo vs. Chile”:

282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Con lo cual nos parece desafortunada la decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia aludida, en cuanto constituye un severo retroceso en el reconocimiento universal de los derechos y libertades fundamentales.

Actualidad de la justicia constitucional guatemalteca

Aylín Ordóñez Reyna*

I. Situación nacional

A finales de 2011 se celebraron en Guatemala elecciones generales para conformar el Congreso de la República, corporaciones municipales y Presidente y Vicepresidente de la República, así como diputados al Parlamento Centroamericano. El Tribunal Supremo Electoral registró un total de siete millones trescientos treinta y cuatro mil ciento veintidós ciudadanos aptos para votar, los que representan un millón trescientos cincuenta y un mil noventa y tres más que en las elecciones anteriores.¹

La candidatura para Presidente y Vicepresidente de la República generó gran expectativa, pues la normativa interna guatemalteca regula en el artículo 186 de su Constitución una serie de prohibiciones para optar a ese cargo, encontrándose dentro de estas los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República cuando este último se encontrare ejerciendo la Presidencia. Sin

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Magíster en Derecho pluralista público y privado por la citada Universidad y Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar. Actualmente es Coordinadora de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad y Coordinadora de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

¹ Asociación de Investigación y Estudios Sociales –ASÍES–, Monografía: “Los partidos políticos guatemaltecos en el proceso electoral 2011”, Konrad Adenauer Stiftung, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Guatemala, 2011, p. 16. Se puntualiza también en el referido documento que del total de votantes el 51% son mujeres y el 49%, hombres.

embargo, la esposa del entonces Presidente de Guatemala, meses antes de las inscripciones para esos cargos, decidió romper el vínculo conyugal y optar a ese cargo, situación que generó amplio debate en el contexto nacional. Las autoridades del Registro de Ciudadanos y el Tribunal Supremo Electoral no la inscribieron al estimar la concurrencia de la prohibición relacionada, lo que motivó que se acudiera a la jurisdicción constitucional, donde el amparo fue denegado por la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, al considerarse la inexistencia de arbitrariedad en tal decisión.

Se celebran las elecciones y se prevé en la normativa constitucional la necesidad de celebración de una segunda vuelta electoral si ninguno de los candidatos inscritos para Presidente y Vicepresidente de la República alcanza una mayoría absoluta,² lo que ocurrió y en diciembre de 2011 se realizó la segunda vuelta electoral.

Existía una gran expectativa, pues Guatemala durante su época independiente había tenido un largo período de gobernantes autoritarios, en su mayoría militares, por lo que a partir de 1986, cuando inició la vigencia de la actual Constitución, esta se produjo con la profunda preocupación por superar ese pasado de autoritarismo y dictadores y alcanzar efectivamente una verdadera democracia. En 2011, en esa segunda vuelta electoral, ganó la Presidencia un militar retirado, y cuyo principal lema de campaña lo constituyó la frase “mano dura”, utilizada para referirse a las medidas a adoptarse para lograr la disminución de la violencia. La demanda que se formulaba al nuevo gobierno iba fuertemente dirigida al cese de la violencia y a la implementación de medidas que la disminuyeran.³

² El artículo 184 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta se procederá a segunda elección dentro de un plazo no mayor de sesenta ni menor de cuarenta y cinco días, contados a partir de la primera y en día domingo, entre los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas”.

³ Según un reciente estudio de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado, pese a las diferencias reales y significativas entre el conflicto armado interno que comprende en Guatemala un período de 36 años (1960-1996), y el período de la postguerra, en el que actualmente se encuentra Guatemala, se produce una continuidad trágica, consistente en la ininterrumpida producción de víctimas mortales de distintos tipos de violencia. Así, se afirma en el referido estudio que los asesinatos promedio han ido en ascenso durante los cinco gobiernos posteriores a la firma de la paz en diciembre de 1996, pudiéndose señalar que anualmente durante el período del gobierno ejercido por el Partido de Avanzada Nacional fueron de 3.396, el Frente Republicano Guatemalteco, 3.500, Gran Alianza Nacional, 5.378, Unidad Nacional de la Esperanza, 6.238. Al comparar el promedio anual de víctimas durante el conflicto armado interno se indica que fue de 5.556 y el promedio anual durante la postguerra ha sido de 4.585, lo que

Inicia el mandato con el surgimiento de propuestas de “reformas constitucionales” con un fuerte énfasis en los temas de seguridad y justicia. Con relación al tema de reformas constitucionales, es preciso señalar que la Constitución de Guatemala es rígida y en lo que respecta a su modificación posee normas irreformables,⁴ las referentes a derechos humanos individuales que únicamente pueden ser modificadas por una Asamblea Nacional Constituyente convocada para ese efecto por las dos terceras partes de los miembros que integran el Congreso de la República y el resto, que pueden ser reformadas por el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados al Congreso de la República, y las que únicamente cobrarán vigencia hasta su posterior ratificación por el pueblo mediante la consulta popular.⁵

Durante los más de 25 años de su vigencia la Constitución ha sido modificada únicamente en una ocasión, después del fracasado golpe de Estado del entonces Presidente de la República, Jorge Serrano Elías, derivado del reclamo de la población por depurar a los diferentes órganos de gobierno, con lo que se introdujeron 37 cambios a sus normas.⁶ En una segunda ocasión se propuso por el Presidente de la República, Álvaro Arzú Irigoyen, una reforma constitucional derivada de los Acuerdos de Paz, sin embargo, esta no fue aprobada por la población por lo que no cobró vigencia.

evidencia el elevado número de víctimas mortales que actualmente posee Guatemala. *Vid.* “Violencia en Guatemala”, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Centro Impresor Piedra Santa S.A., Guatemala, 2011, pp. 11 y 17.

⁴ Son normas irreformables las que se refieren al sistema de gobierno, la soberanía, alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, según la previsión contenida en el artículo 281 constitucional.

⁵ Lo referente a las reformas constitucionales se regula en los artículos 277 a 281 de la Constitución Política de la República de Guatemala, teniendo iniciativa para proponerlas el Presidente de la República, diez o más diputados al Congreso de la República, la Corte de Constitucionalidad y el pueblo mediante petición dirigida por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos.

⁶ La reforma fue aprobada por el Congreso de la República en Acuerdo Legislativo 18-93 y ratificada por el pueblo de Guatemala en enero de 1994. En aquel momento las reformas fueron dirigidas a su parte orgánica, variándose la conformación y el período de duración del Congreso de la República y la Corte Suprema de Justicia, así como el lapso de prolongación del mandato y funciones del Presidente de la República, Vicepresidente y Ministros de Estado. Se definieron funciones del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación, así como lo referente a la elección del Contralor General de Cuentas. También, la adición de una serie de normas transitorias tendentes a la renovación de los integrantes de diferentes órganos estatales.

Inicia entonces en 2012 un nuevo período de gobierno haciendo énfasis en la necesidad de realizar reformas a la Constitución, así como con la efectiva presentación del proyecto de estas, el cual realiza un énfasis en los temas de seguridad y justicia.

De igual manera se presenta otra por la Universidad de San Carlos de Guatemala, la Universidad Rafael Landívar y la Asociación de Investigación y Estudios Sociales –ASÍES–, la cual se asume por diez diputados al Congreso de la República, y su contenido es dirigido a la administración de justicia, institucionalización de la Policía Nacional Civil, para la mejora del cumplimiento de la obligación del Estado de brindar seguridad a sus habitantes.⁷

La propuesta del Presidente de la República presenta un alto contenido de reformas a instituciones del sector justicia, tales como la Corte Suprema y el Organismo Judicial, Corte de Constitucionalidad, Ministerio Público, así como al Procurador de los Derechos Humanos.⁸

Puede estimarse que el proyecto contiene cuestiones favorables que se hacen necesarias, tales como el fortalecimiento de la carrera judicial, la introducción de modificaciones en cuanto al método para la selección de jueces y magistrados y el aumento del presupuesto del Organismo Judicial. Sin embargo, es necesario realizar una reforma de la manera que provoque mayores beneficios y no de forma que pueda provocar un sistema más complejo al actual y que genere complicaciones. Así, ha surgido una serie de cuestionamientos respecto de contenidos que devienen innecesarios o que se consideran inapropiados. De este modo, en lo que respecta al Organismo Judicial y a la Corte Suprema de Justicia, uno de los aspectos más cuestionados lo constituye el hecho de que la propuesta pretenda la introducción de una Cámara de Magistrados de esa institución encargada de la administración del Organismo Judicial, lo que desnaturalizaría la función esencial de impartir justicia de los magistrados que la integren.

En lo que respecta a la Corte de Constitucionalidad, se prevé el aumento del número de sus diputados, de cinco titulares y cinco suplentes a once

⁷ Asociación de Investigación y Estudios Sociales –ASÍES–, “La reforma constitucional en seguridad y justicia”, Serie Derecho Constitucional, Año 27, n° 6, Guatemala, Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 4.

⁸ Iniciativa de ley presentada por el Organismo Ejecutivo al Congreso de la República, el 27 de agosto de 2012, identificada con registro 4.556.

magistrados —sin distinción de titulares y suplentes—, aumentándose la duración del mandato y regulándose la renovación parcial de sus miembros, se varía además la forma de selección y período de funciones de su presidente y órganos de selección de los magistrados.

Al respecto, puede estimarse adecuado lo referente a un mandato más prolongado de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad que permita aprovechar la experiencia y el conocimiento de sus integrantes, así como la renovación parcial, como un mecanismo que posibilita la incorporación de nuevos integrantes con aquellos que ya venían desempeñando su mandato, de manera que pueda consolidarse su jurisprudencia sin que se configure un rompimiento a la continuidad, como sucede actualmente al darse renovaciones totales de sus integrantes. Sin embargo, en esta propuesta también se han producido fuertes críticas, pues se pretende la creación de cámaras,⁹ y en cuanto a la forma para elegir a su presidente se prevé el sistema utilizado para designar al presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Con relación a la reforma que prevé la creación de cámaras, se ha estimado que, siendo la función de la Corte de Constitucionalidad en esencia de defensa del orden constitucional, independientemente del origen de sus antecedentes, no se haría necesaria la división relacionada.

Por otra parte, respecto de la selección del presidente de la Corte Suprema de Justicia, el método utilizado actualmente para designarlo ha generado grandes dificultades,¹⁰ por lo que no resulta lógico pensar que un sistema que no se ha tornado operativo se sugiera para otro tribunal que en la actualidad no presenta problema para la escogencia de su presidente.¹¹

⁹ Artículo 32 de la iniciativa de reformas 4.556, p. 35.

¹⁰ En la actualidad la Corte Suprema de Justicia se integra con trece magistrados y duran en sus funciones cinco años, ejerciendo la presidencia, cinco de ellos por períodos de un año, designándose a quien la dirige por el voto favorable de dos terceras partes de sus integrantes. Este sistema ha provocado que en los primeros años de funciones tal elección no sea tan compleja, pero al encontrarse próxima la finalización del período se producen serias dificultades, pues surgen diferentes interesados en ostentarla. La Corte Suprema de Justicia anterior a la actual finalizó sus funciones en 2009 y el último presidente debía asumir el 13 de octubre de 2009, sin embargo, no fue sino hasta después de más de 40 intentos de elección, y nueve meses de discusión cuando se llegó a un acuerdo, y por ello el mandato del seleccionado lo pudo desempeñar únicamente por tres meses en lugar de un año.

¹¹ En el sistema actual, en la Corte de Constitucionalidad, cada uno de los magistrados titulares que lo integran ejerce la presidencia durante un año, iniciando por el de mayor edad en orden descendente de edades, y, si bien podría estimarse necesaria la utilización de un método más adecuado, el sugerido ha

Las reformas aún no se han concretado, se siguen realizando estudios, foros y en el Congreso prosigue su trámite, porque se debe analizar con gran detenimiento su contenido, de manera que sean aprobadas únicamente las necesarias para la mejor protección de la persona humana y el fortalecimiento de las instituciones estatales.

Así, mientras continúa la discusión de las reformas constitucionales, se ha producido una serie de cambios legislativos, dentro de los que destacan las recientes modificaciones a las leyes tributarias, tendentes a fortalecer la recaudación tributaria.

Por otra parte, recién iniciando el año 2013, el 2 de enero, se publicó el cuestionado Acuerdo Gubernativo 370-2012, proferido el 28 de diciembre del citado año 2012, por medio del cual se pretendía limitar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al precisarse en su texto que esta era exclusivamente para hechos cometidos con posterioridad al 9 de marzo de 1987, y que para el caso de hechos o delitos continuados, el principio de ejecución o conducta originaria debía haber sucedido con posterioridad al reconocimiento de esa competencia ocurrida el 9 de marzo de 1987.¹²

La emisión del referido acuerdo dio lugar a una serie de reacciones ante la producción de una norma gubernamental que evidentemente pretendía limitar la competencia de la Corte Interamericana. Así se manifestaron diferentes organizaciones defensoras de derechos humanos al considerar que tal norma implicaría un retroceso en la materia.¹³ Días después, el 11 de enero de 2013, se profirió el Acuerdo Gubernativo 30-2013, el cual derogó al an-

generado grandes dificultades en la Corte Suprema de Justicia, por lo que en todo caso podría mantenerse el vigente.

¹² Dentro de las consideraciones efectuadas en la referida norma, para su emisión se consideraba que Guatemala, al reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, había establecido una reserva, en la cual establecía que los casos para los cuales reconocía su competencia serían exclusivamente aquellos acaecidos con posterioridad a la fecha en que tal declaración surtiera sus efectos dentro de la Organización de Estados Americanos, por lo que se estimó que para su “comprensión y aplicación conforme a la voluntad del Estado” se acordaba que su competencia era exclusivamente para hechos cometidos con posterioridad al 9 de marzo de 1987, y que para los delitos continuados, la conducta originaria debía haber sucedido con posterioridad al reconocimiento de esa competencia en la citada fecha. *Vid. Diario Oficial de Centroamérica*, de 2 de enero de 2013, T° ccxcvi, n° 10, p. 1.

¹³ Al respecto se manifestaron diferentes organizaciones, entre ellas, el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, la Asociación Seguridad en Democracia y la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado, rechazando la referida normativa. *Vid.* “Califican de retroceso acuerdo sobre fallos de Corte IDH”, en *Diario El Periódico*, 7 de enero de 2013.

terior, habiéndose publicado el 17 de enero del citado año, superándose de esta manera una disposición que habría pretendido ser una limitante interna para la aplicación, cumplimiento y ejecución de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dentro de este contexto se analizarán sentencias constitucionales de relevancia pronunciadas a finales de 2011 y a lo largo de 2012, que presentan impacto y relevancia en el tema de derechos humanos.

II. Análisis de fallos relevantes 2011-2012

1. Pretensión de la candidatura presidencial de la ex esposa del Presidente de la República

Como se mencionó al inicio de este artículo, en las elecciones generales de 2011 se pretendió inscribir a una candidata, Sandra Julieta Torres Casanova, quien había sido esposa del Presidente de la República hasta unos meses antes de llevarse a cabo las elecciones generales. Lo anterior fue cuestionado ampliamente, porque en la legislación guatemalteca se establece la prohibición para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República para los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República. Ella era esposa de Álvaro Colom Caballeros cuando asumió la Presidencia de Guatemala, habiéndose divorciado el 7 de abril de 2011, es decir, cinco meses antes del momento de las elecciones.

Al presentarse su candidatura ante las autoridades electorales, el Director del Registro de Ciudadanos emitió decisión en la que denegó aquella solicitud por considerar que “no puede optar por la prohibición expresa contenida en el artículo 186 literal c) de la Constitución Política de la República de Guatemala¹⁴ y por el fraude de ley en que se ha incurrido, según lo establecido

¹⁴ El referido artículo establece las prohibiciones para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, señalándose entre ellas, al caudillo y jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar que haya alterado el orden constitucional, y quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura de Gobierno; la persona que ejerza o haya ejercido la Presidencia o Vicepresidencia de la República cuando se haga la elección para dicho cargo, o que la hubiere ejercido durante cualquier tiempo dentro del período presidencial en que se celebren las elecciones; los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia; el que hubiese sido ministro de

en el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial”. Tal decisión se cuestionó ante el Tribunal Supremo Electoral, el que desestimó las impugnaciones por estimar acorde a derecho lo decidido por el Director del Registro Electoral.

Derivado de lo anterior, Sandra Julieta Torres Casanova presentó un amparo ante la Corte Suprema de Justicia reprochándole al Tribunal Supremo Electoral violación a sus derechos constitucionales al no inscribirla para la referida candidatura, porque a) a la fecha de su solicitud de inscripción era soltera, sin vinculación alguna con la prohibición que se le atribuía, b) además, que aquella aplicaba a los parientes dentro de los grados de ley del Presidente pero no se podía imponer al “cónyuge”, “esposo” o “esposa”, puesto que entre ellos no se formaba grado y la norma refería dentro de los grados de ley, c) expresó que había “ejecutado el divorcio con el señor Presidente de la República para evitar incurrir en la prohibición contenida en el artículo 186 inciso c) de la Constitución” y, d) se pretendía darle una aplicación retroactiva de la ley, específicamente de la prohibición relacionada.

La Corte Suprema de Justicia consideró, entre otras cuestiones, que las normas constitucionales no debían ser interpretadas de manera aislada, sino como un conjunto armónico, como parte de un todo, tomando en cuenta el contenido valorativo del texto fundamental y la finalidad que se pretendió al instituir las, por lo que consideró que la prohibición establecida para parientes del Presidente o Vicepresidente sí comprendía al cónyuge. Además de que con esa norma se pretendía evitar el nepotismo en la sucesión del poder, garantizando la alternabilidad en su ejercicio, por lo que, al haber mantenido el vínculo matrimonial con el Presidente de la República desde el inicio de su mandato hasta el 7 de abril de 2011, adquirió la calidad de esposa del mandatario, realizando tareas en ese estatus, razón por la que ante la interpretación extensiva del artículo 186, inc. c) tenía prohibición para optar al cargo relacionado, aunque actualmente su estado civil fuera soltera. Se estimó también por la Corte relacionada que se produjo un fraude de ley, en el cual surgió un acto legal cuya validez no se cuestiona —divorcio—, que no era contrario a la ley, pero que fue el medio para eludir una prohibición —imposibilidad de optar a la Presidencia—, por lo que se concluyó que la consecuencia resultaba en la

Estado durante cualquier tiempo en los seis meses anteriores a la elección; los miembros del Ejército, salvo que estén de baja o situación de retiro por lo menos cinco años antes de la fecha de convocatoria; los ministros de cualquier religión o culto y los magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

aplicación de la norma que se trató de eludir, la prohibición de optar al cargo de Presidente. Por último se puntualizó que el fraude constitucional no era un acto constitutivo de ilícito penal. Por tales razones se denegó el amparo.

Esa sentencia fue apelada por la amparista y conocida en alzada por la Corte de Constitucionalidad, la que profirió sentencia el 8 de agosto de 2011. Para interpretar la norma relacionada se acudió a los métodos histórico, sistemático y finalista. Al respecto se señaló que una prohibición similar se había mantenido en la historia constitucional contemporánea puesto que las Constituciones de 1945, 1956 y 1965, que precedieron a la vigente, la contenían. Además interpretada en forma sistemática y finalista permitía establecer que su finalidad era evitar la transmisión dinástica del poder o nepotismo, preservando el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia, a efecto de mantener un régimen democrático. Asimismo, la prohibición allí contenida, al referirse a parientes dentro de los grados de ley, involucraba con toda certeza al cónyuge del Presidente, no solo porque el parentesco liga a las personas por su procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio, sino porque sería inadmisibles que la prohibición alcanzara a los consanguíneos de este, pero el esposo o esposa quedara excluido, lo que eludiría la finalidad de la norma.

Con relación al ámbito temporal de tal prohibición, se consideró que Álvaro Colom Caballeros fue declarado electo Presidente de la República para un período de cuatro años, que inició el 14 de enero de 2008 y se prolongaba hasta el 13 de enero de 2012, que cuando fue electo estaba casado con Sandra Julieta Torres Casanova y que tal situación se mantuvo hasta el 7 de abril de 2011, produciéndose la disolución del vínculo durante el ejercicio de su mandato, por lo que la prohibición establecida en el artículo 186, literal c) alcanzaba a la ex cónyuge del Presidente, prolongándose para el lapso en el cual se ejerció la presidencia, pero no para períodos subsiguientes, puesto que para ese entonces ya no existirían las condiciones que justificarían tal impedimento.

Por último se relacionó que en la legislación guatemalteca configuran fraude de ley los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, siendo la consecuencia su nulidad. Es decir que, para la existencia de fraude de ley, debía haber un acto cuya validez jurídica no se cuestiona y otro fraudulento que se llevó a cabo al eludir una prohibición contenida en una norma

jurídica, el cual por ello resulta nulo. Con tal análisis se precisaba que en el caso concreto el acto jurídicamente válido era el divorcio, y la prohibición que se pretendía eludir era la prevista en el artículo 186, inc. c), pero al denegarse la inscripción no se configuró el fraude legal.

Respecto de esta sentencia puede indicarse que el punto central para la solicitud del amparo estribó en la lesión a los derechos de elegir y ser electa, alegados por la amparista, habiéndose precisado por la Corte de Constitucionalidad que le era aplicable la prohibición para optar al cargo de Presidenta de la República, contenida en el artículo 186, inc. c) de la Constitución, en virtud de haber sido esposa del Presidente durante el período en el cual se pretendía postular. Para arribar a tal conclusión el análisis central del Tribunal estribó en desentrañar el alcance que debía darse a la norma y el segundo tema de estudio fue el referente al fraude de ley, el que a juicio de la Corte de Constitucionalidad no se configuró.

Al respecto, resulta de interés mencionar que en Guatemala la norma que contiene prohibiciones para optar al cargo de Presidente de la República posee una razón histórica, en la que prolongados gobiernos dictatoriales fueron posibilitados al suspenderse la vigencia o reformarse las disposiciones que tenían por objeto garantizar la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia y prohibir la reelección presidencial. Por ello, a lo largo del siglo xx se aprecia este tipo de normas, cada vez más protegidas para mantener su vigencia. Actualmente esa norma posee el carácter de irreformable.

De la sentencia puede estimarse de gran interés el análisis histórico, sistemático y finalista que se realizó de la norma de estudio para concluir que la prohibición resultaba aplicable. Ahora bien, un tema que creó bastante polémica para la solución del caso fue el referente al “fraude de ley”, pues tanto en la decisión del Registro de Ciudadanos, como del Tribunal Supremo Electoral y la Corte Suprema de Justicia se consideró la existencia de este, mientras que en el fallo de la Corte de Constitucionalidad no se estimó, porque no se concretó la relacionada candidatura.¹⁵

¹⁵ En Guatemala el fraude de ley se encuentra previsto en el artículo 4° de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere pretendido eludir.

Ese aspecto generó un fuerte debate, pues para algunos, entre ellos, las autoridades electorales y el Tribunal de Amparo de primer grado, sí se configuró pues se llevó a cabo un divorcio para no encuadrar en la prohibición relacionada, pero para la Corte de Constitucionalidad no se produjo al no haberse logrado la inscripción de la candidatura presidencial.

Puede considerarse que en el caso de análisis, independientemente de la configuración del fraude de ley, el punto toral estribaba en determinar si resultaba aplicable la prohibición contenida en el artículo 186, inc. c) de la Constitución, a la persona que hubiere sido esposa del Presidente de la República. Así, en el caso concreto, quien pretendía ser candidata había ostentado esa calidad, desempeñándose como Primera Dama de Gobierno, dirigiendo programas sociales asignados a la esposa del Presidente e incluso creando distintas obras sociales, pretendió después de más de tres años en esa función no encuadrar en la prohibición para optar al cargo por medio del divorcio. Por lo que, al determinar el alcance de la norma a pesar del divorcio, se estima que se alcanzó la finalidad para la cual esta se diseñó, evitar la prolongación del poder. En consecuencia, puede estimarse como un interesante precedente del tema la sentencia comentada.

2. Inconstitucionalidad instada de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer¹⁶

Descrita la situación guatemalteca, en la cual uno de los graves problemas que aquejan es el elevado índice de violencia contra la mujer,¹⁷ se profirió en el año 2008 la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, estableciendo tipos penales que reconocían la acción pública para los delitos determinados en esa ley y además tipificando el delito de violencia contra la mujer y violencia económica, profiriendo penas específicas para los sujetos activos de tales delitos.

La emisión de la norma relacionada provocó que contra esta se plantearan impugnaciones en casos concretos y una inconstitucionalidad abstracta de ca-

¹⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de 23 de febrero de 2012, Expediente 3009-2011.

¹⁷ Al respecto, se ha afirmado por María Machicado, representante en Guatemala de ONU-Mujeres, que en un estudio sobre violencia de género en el país, Guatemala ocupa el segundo lugar de 44 países alrededor del mundo donde se registra ese fenómeno, con una tasa de 92,94 asesinatos de mujeres por cada millón de habitantes. *Vid.* “Guatemala ocupa el segundo lugar en casos de femicidios, según la ONU”, *Diario Siglo XXI*, 20 de noviembre de 2012.

rácter general, cuya pretensión era la de eliminar del ordenamiento jurídico la norma impugnada. Se reprochó en esta última que la ley cuestionada causaba lesión al derecho de igualdad, lo que se justificaba al indicar que la violencia intrafamiliar también afectaba al género masculino.¹⁸

Además se exponía en el planteamiento que la ley conllevaba un trato discriminatorio en perjuicio del género masculino, pues “aunque su emisión obedezca a la intención de elevar a la mujer a la condición del hombre”¹⁹ la protección es solo para aquella. El reproche formulado hacia la norma tachada de inconstitucionalidad estribaba entonces en su calificación de discriminatoria y lesiva del derecho de igualdad.

La Corte de Constitucionalidad al realizar el análisis de la disposición objetada estimó que la norma surgía influenciada por tres factores, siendo estos: a) una realidad en la cual existía una problemática de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, que incluso se ha visto agravada en los últimos tiempos, y cuya causa, entre otras, estriba en las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres, manifestándose tal desigualdad en los ámbitos social, económico, jurídico, político, cultural y familiar. Derivado de esa relación desigual de poder entre hombre y mujer, el legislador previó reprimir un comportamiento violento contra esta última, frecuente en el contexto social, que puede obedecer a un patrón cultural que de generación en generación promueve y arraiga la existencia de trato discriminatorio y de sumisión en perjuicio del género femenino, b) una insuficiente protección en el nivel normativo en el ámbito interno, y, c) en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Guatemala, tales como el ser parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; en las cuales se ha comprometido a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o

¹⁸ Para tal efecto afirmaba el postulante que las estadísticas del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial establecían que en el año 2010, de cincuenta y siete mil denuncias de violencia intrafamiliar, en cuatro mil ochocientos noventa y un casos el agredido era el esposo, sin contar aquellos casos en los cuales, derivado de los prejuicios existentes, se impedía a los hombres formular su denuncia por lo que preferían “callar y sufrir en silencio la opresión de la que han sido víctimas”. *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 23 de febrero de 2012, dictada dentro del Expediente 3009-2011, apartado de fundamentos jurídicos de la impugnación, p. 2.

¹⁹ Cita textual tomada de lo expuesto por el accionante, p. 2 de la sentencia antes identificada.

derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, y para emitir todas aquellas leyes necesarias para tal fin.

Concluyó que a juicio del Tribunal existía una justificación sustentada en la problemática social y real, que determina y hace exigible un trato disímil entre hombres y mujeres en lo que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere al regular de esa manera la sanción de la violencia contra la mujer y establecer un distinto tratamiento respecto de hombres y mujeres, lo que se consideró responde razonablemente a una realidad distinta entre ellos y no a trato discriminatorio. De esa cuenta la inconstitucionalidad fue declarada sin lugar.

El análisis de la Corte de Constitucionalidad para estimar la no contravención del derecho de igualdad del hombre en la norma cuestionada y declarar sin lugar la impugnación formulada estribó en que la realidad existente y distinta entre hombre y mujer provocaba una “razonabilidad” de la existencia de normas que sancionaran de manera específica la violencia contra la mujer. Definitivamente, las formas de agresión en su contra en Guatemala son evidentes y se presentan día a día, en un contexto en el que en efecto se establece una realidad de discriminación hacia la mujer, por lo que resulta lógico considerar que para superar la desigualdad existente se creen normas que brinden una mayor protección, en este caso sancionando drásticamente a su agresor.

Respecto de la desigualdad que se cuestionaba hacia el hombre, a quien, según los accionantes, podría dejarse desprotegidos, debe señalarse que la experiencia social en el ámbito guatemalteco no ha evidenciado que exista un condicionamiento social o cultural que ubique al hombre en situación de vulnerabilidad, por discriminación o violencia, como sí sucede con la mujer, o que se encuentre desprotegido jurídicamente, por lo que se estima que el mantenimiento de la vigencia de la norma relacionada posibilita cumplir con obligaciones nacionales e internacionales del Estado de Guatemala de establecer disposiciones penales, civiles y administrativas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, lo que es acorde con la realidad guatemalteca. En ese contexto, se han adoptado no solo medidas legislativas como la descrita, sino además administrativas y judiciales, así, por ejemplo, se han establecido tribunales especializados para el juzgamiento del femicidio, los que aún no funcionan en todos los departamentos de la República pero han iniciado sus labores conociendo en forma especializada de este

tipo de delitos, por lo que es de relevancia que se haya mantenido su vigencia al desestimar la inconstitucionalidad promovida.

3. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia constitucional

Un interesante caso con relación a la protección de derechos humanos se presentó derivado de una impugnación contra la norma que tipificaba el delito de tortura en el artículo 201 bis del Código Penal guatemalteco, a la cual se le reprochó que contenía una omisión legislativa, con relación a lo que por tortura debía entenderse según el artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esta sentencia produjo que en su análisis se puntualizara lo que debía entenderse por “bloque de constitucionalidad”, lo que hasta ese momento de manera expresa no se había producido.

El caso inicia con el planteamiento de una inconstitucionalidad de carácter general, en la que se cuestionó el artículo 201 bis del Código Penal, al afirmarse que, si bien el poder legislativo tiene un margen de acción en la configuración de las normas penales, ese margen de discrecionalidad no podía concebirse en términos absolutos, pues la actividad punitiva del Estado encuentra límites formales y materiales que se derivan de la Constitución y de las normas que se integran a ella por medio del bloque de constitucionalidad. Así, señaló que la tipificación de la tortura contenida en el artículo 201 bis del Código Penal²⁰ únicamente contemplaba como tal, actos que conllevaran dolores o sufrimientos graves, lo que resultaba incongruente con la definición establecida en tratados internacionales de los que Guatemala era parte, omitiéndose en la norma impugnada todos los elementos de la tortura, tales como “el castigo, la discriminación y cualquier otro fin” como parte del tipo

²⁰ El texto del referido artículo establece: “Comete el delito de tortura, quien por orden, con la autorización, el apoyo y la aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo. El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por el delito de secuestro. No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en resguardo del orden público. El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años”.

penal, así como “la aplicación de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, excluyendo esas conductas de la protección del tipo penal. Además, se alegaba que la prohibición de la tortura había sido reconocida como una norma de *ius cogens*, por lo que la regulación penal en el ámbito interno contravenía lo dispuesto en tratados y convenciones internacionales de las cuales el Estado de Guatemala era parte.

Dentro de la tramitación del expediente compareció la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, mencionando entre otras cuestiones que la obligación de los Estados de tipificar y sancionar el delito de tortura en la legislación penal requería como mínimo que se incluyeran los elementos que la definen de acuerdo con los instrumentos internacionales. Además de que, en el caso de Guatemala, el Comité contra la Tortura reiteró en las observaciones finales correspondientes al año 2006, su preocupación porque aún no se había ajustado la tipificación del delito de tortura que figura en el Código Penal a las disposiciones de la Convención Internacional contra la Tortura, recomendando que se enmienden con carácter prioritario las disposiciones pertinentes del Código Penal para tipificarlo según se define en el artículo 1° de la Convención relacionada. Por su parte, el Ministerio Público compartió la fundamentación de la impugnación solicitando su acogimiento.

El análisis del planteamiento parte de la posibilidad de considerar inconstitucionalidades por omisión en el ordenamiento jurídico guatemalteco, concluyéndose después del estudio doctrinario y de jurisprudencia extranjera que sí es posible porque, de no hacerlo, se ocasionaría la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución y, en el caso concreto denunciado, al producirse la inconstitucionalidad por omisión derivada del incumplimiento de tratados internacionales, cuya preeminencia está reconocida en el ámbito interno, además se podría generar responsabilidad internacional.

El segundo tema a estudiar lo constituyó lo referente a la recepción de los tratados en materia de derechos humanos en el ordenamiento interno, para ello se mencionó que en otros ordenamientos se ha acudido a la figura del “bloque de constitucionalidad” el que, si bien en Guatemala había sido mencionado en diferentes sentencias, no estaba desarrollado expresamente.

Al respecto se consideró en la sentencia que:

[...] por vía de los artículos 44 y 46 citados,²¹ se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, responden directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en derechos humanos que componen aquel son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.

La consideración anterior es de gran relevancia para la jurisprudencia constitucional, pues, como bien se afirmó, con anterioridad a la emisión de esa sentencia, el 17 de julio de 2012, no se había definido expresamente lo que era el bloque de constitucionalidad, ni sus alcances, y, si bien el artículo 46 de la Constitución prevé la preeminencia de tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala sobre el derecho interno, en ocasiones anteriores se había considerado que tales tratados no constituían parámetro de constitucionalidad.²²

²¹ Los citados artículos 44 y 46 de la Constitución de Guatemala constituyen una cláusula abierta para el reconocimiento de derechos humanos y la previsión de la preeminencia de instrumentos internacionales sobre el derecho interno. Al respecto la primera cláusula prevé: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. Por otra parte, el artículo 46 señala: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

²² La primera sentencia de la Corte de Constitucionalidad en la que se realizó un estudio particularizado del alcance del precepto establecido en el artículo 46 fue la dictada el 19 de octubre de 1990 (Expediente 280-90), dentro de una acción de amparo, presentada por un aspirante a candidato a la

Si bien se había mencionado que alguna normativa internacional formaba parte del bloque de constitucionalidad como sucedió en el auto dictado por la Corte de Constitucionalidad el 4 de octubre de 2009 (Expediente 3690-2009), en el cual se estimó con ese carácter a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En sentencia de 21 diciembre de 2009 (Expediente 3878-2007) se indicó que la normativa que reconocía el derecho de consulta de los pueblos indígenas se insertaba al cuerpo normativo como parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de la previsión de los artículos 44 y 46 constitucionales, pero aún no se mencionaba expresamente que los instrumentos internacionales constituían parámetro de constitucionalidad, lo que sí se hace en la sentencia que aquí se comenta.

Ahora bien, en este fallo se consideró además:

El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución y *esta Corte*, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos *es la competente para determinar en cada caso*, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquel (énfasis agregado).

Presidencia a quien se le denegó su inscripción para optar a tal cargo, debido a que encuadraba dentro de una de las prohibiciones contenidas en el irreformable artículo 186 de la Constitución, la cual se refería a que no podrían optar a esta, los caudillos y jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que hayan alterado el orden constitucional y quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Estado. Al denegarse la inscripción del candidato se promovió un amparo por él alegándose una infracción a su derecho de elegir y ser electo amparándose en el artículo 46 precitado. La Corte en ese momento estimó que la jerarquización de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos era la de ingresar al ordenamiento con carácter de norma constitucional que concordara con su conjunto, pero no con potestad reformatoria o derogatoria. El citado criterio fue reiterado en la opinión consultiva, que fue solicitada a la Corte de Constitucionalidad previo a la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 19 de mayo de 1995 (Expediente 199-95). Con posterioridad a ello, por estimar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos poseían igual rango que la Constitución, se inició la promoción de inconstitucionalidades denunciando lesión a aquellos, considerándolos como parámetro de constitucionalidad en la promoción de las acciones, derivado del rango constitucional que se les había reconocido. Se presentaron casos que se relacionaban con una reforma realizada al artículo 201 del Código Penal, al que se le reprochaba ampliación de la pena de muerte, y por ende una contravención a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En sentencia de 26 de marzo de 1996 (Expediente 334-95) se consideró que no eran parámetro de constitucionalidad los tratados y convenios internacionales, criterio reiterado en las decisiones del referido Tribunal de 12 de marzo de 1997 (Expediente 131-1995) y de 17 de junio de 1999 (Expediente 110-99).

Este apartado pareciera delimitar el alcance del “bloque de constitucionalidad”, el cual, si bien con anterioridad se definió ampliamente al considerar que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos lo conformaban, pareciera circunscribir su alcance a que en cada caso será la Corte la competente para determinar qué instrumentos se encuentran contenidos en aquel. Habría que reclamarlo interpretándolo en conjunto con lo descrito con anterioridad respecto de que forman parte de este los tratados internacionales en materia de derechos humanos y que la referencia realizada es únicamente para precisar en cada caso los que adquieren aplicación.

Una vez realizadas las acotaciones anteriores se concluyó por la Corte de Constitucionalidad en que la tipificación del delito de tortura contenido en el artículo 201 bis del Código Penal guatemalteco no incluía todos los elementos descritos en los tratados internacionales, omitiéndose en su tipificación “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin” como parte del tipo penal, así como “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” concluyéndose que ello provocaba inconstitucionalidad por omisión.

Los efectos positivos dados a esa sentencia fueron que al tratarse de inconstitucionalidad por omisión la norma conserva su vigencia, pero se notifica al Congreso de la República, al Organismo Ejecutivo y a la Corte Suprema de Justicia, por tener iniciativa de ley, exhortándolos a asumir la responsabilidad institucional para suplir la omisión relacionada, en el sentido de que presentaran la iniciativa correspondiente, la que, al ser recibida en el Legislativo, debía seguir el procedimiento correspondiente para modificar la norma tachada de inconstitucionalidad, procediéndose a su discusión y aprobación de la reforma correspondiente.

La resolución analizada constituye un interesante aporte en materia de derechos humanos, puesto que reafirma la jerarquía que en esta materia poseen los tratados internacionales y convenciones, al considerarlos expresamente como parte del “bloque de constitucionalidad” y por ende como “parámetro de constitucionalidad”. Además, se estudia detalladamente la posibilidad del planteamiento de inconstitucionalidades por omisión.

III. Reflexiones finales

El contexto guatemalteco descrito al inicio del trabajo evidencia la necesidad de continuar con el fortalecimiento de las instituciones democráticas y la vigencia de los derechos humanos de sus habitantes, para ello, los requerimientos son múltiples, según el ámbito de acción de los diferentes actores gubernamentales y de la sociedad. Se observa la emisión de leyes —como la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer—, disposiciones administrativas —tales como la que pretendía establecer límites a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que posteriormente fue derogada—, también sentencias emitidas por distintos tribunales.

Así, en el caso de las sentencias que en esta ocasión se comentaron, se observa que se mantuvo la vigencia de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, que es algo muy positivo, puesto que la realidad guatemalteca evidencia el alto grado de violencia hacia la mujer, por lo que resulta idóneo contar con medidas legislativas que tiendan a reducirla y sancionar drásticamente los casos en los que se produjo, además de que con la emisión de tal normativa el Estado de Guatemala cumple con compromisos internacionales.

Por otra parte, el reconocimiento expreso del “bloque de constitucionalidad” así como la delimitación de su alcance y la precisión de que las normas que lo conforman constituyen parámetro de constitucionalidad, es sumamente positivo, puesto que en ocasiones los derechos que se reclaman aun no cuentan en el ámbito interno con una protección suficiente, pero sí en el plano internacional, por lo que al considerarse las normas internacionales como parte de ese bloque de constitucionalidad, y parámetro de constitucionalidad, evidentemente se amplía la protección en materia de derechos humanos. Sin embargo, es necesario que ese reconocimiento se siga reclamando y aplicando, en futuras sentencias, tanto de la Corte de Constitucionalidad como del resto de tribunales, para así lograr esa mayor protección de los derechos fundamentales.

Corsi e ricorsi de los derechos fundamentales en el Perú

César Landa*

I. Contexto

El proceso constitucional que se inicia en 2011 estuvo marcado por las elecciones presidenciales que culminaron en una segunda vuelta electoral con la ajustada victoria de Ollanta Humala, del Partido Nacionalista del Perú, sobre Keiko Fujimori, representante del Movimiento Fuerza 2011. En el Congreso Unicameral se produjo un fuerte fraccionamiento parlamentario, al obtener el partido de gobierno una primera mayoría relativa, lo que lo obligó a pactar con fuerzas aliadas para obtener un voto de confianza del nuevo Gabinete Ministerial y de su programa de gobierno, lo cual logró con la abstención de las fuerzas opositoras.

Este escenario de tensión y confrontación política post electoral ha caracterizado el período 2011-2012, sobre todo en lo relativo a la agenda de los derechos humanos en el Perú. Así, el gobierno, si bien en su plan gubernamental final priorizó aspectos de crecimiento económico e inclusión social antes que la agenda de los derechos humanos, se puede señalar que durante el primer semestre de gestión trató de resolver incertidumbres empresariales, sobre todo del sector minero, que produce alrededor del 40% del producto bruto interno. Llevados a cabo el diálogo y la negociación, se llegó a un acuerdo

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú. Ex Presidente del Tribunal Constitucional peruano.

tributario que otorgó estabilidad y seguridad jurídica al sector minero, aunque no necesariamente mayor recaudación para el Estado.

Pero si en el ámbito empresarial el diálogo y el consenso lograron aplacar las tensiones y temores electorales, en el sector de las reivindicaciones populares destacaron desde un inicio las demandas regionales en contra de los proyectos de explotación de recursos naturales en la zona andina, en protección de las condiciones socioambientales de los pueblos indígenas y campesinos. En particular, resaltó el conflicto entre el Estado y la población norte andino de Cajamarca por la implementación del proyecto minero aurífero en Conga, para lo cual la empresa peruano-canadiense Yanocha tenía previsto secar cuatro lagunas que afectarían la existencia de la agricultura de esa zona rural, señalaron los pobladores y sus autoridades regionales.

La alta conflictividad de este caso y otro en Espinar (Cuzco), pese a los intentos de diálogo del ala más democrática del gobierno, fracasó, dando lugar a la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros, Salomón Lerner G., y su reemplazo por el entonces Ministro de Interior, Óscar Valdez, que representaba la línea dura del gobierno de aplicar la ley y el orden, antes que el diálogo y el consenso. Pero esta política que empezó a implementarse en 2012 al poco tiempo fracasaría debido a la resistencia de la población de Cajamarca, pese a la militarización de la zona y a los muertos, heridos y detenciones producidas por dicha política.

La misma que se reprodujo en otras zonas mineras del sur andino con conflictos socioambientales, dando lugar al establecimiento del estado de emergencia tanto en Cajamarca como en el Cuzco. Ante esta situación, el presidente del Poder Judicial expidió una resolución administrativa en virtud de la cual las personas detenidas en Cajamarca y el Cuzco podían ser procesadas en otras zonas del país (Lambayeque e Ica, respectivamente), ampliando la restricción constitucional de los derechos y la libertad durante los estados de emergencia —libertad, tránsito, reunión e inviolabilidad de domicilio— al derecho de defensa y derecho al juez natural.

Por su parte, el gobierno nacional, con la anuencia de la empresa Yanacocha y el escepticismo de la población cajamarquina, decidió llamar a cuatro árbitros internacionales para el estudio del impacto del vaciamiento de las cuatro lagunas en el sistema hídrico de la zona. Los árbitros recomendaron que se usaran en todo caso una o dos lagunas, ya que el uso de las cuatro tendría un impacto negativo en las fuentes necesarias para la agricultura de

la zona. Ello permitió distender el conflicto, y además la empresa anunció una moratoria de dos años del proyecto Conga. El fracaso de la política de la ley y el orden llevó a la renuncia del presidente del Consejo de Ministros el primer semestre del 2012.

De otro lado, el Poder Legislativo siguió caracterizándose por su falta de legitimidad social ante la opinión pública, a raíz de que los medios de comunicación encuentran en los escándalos públicos o privados de los congresistas una fuente informativa para sus fines comerciales y de presión al gobierno. No obstante, el Congreso aprobó leyes importantes vinculadas directamente con la regulación de los procesos de consulta a los pueblos indígenas. En efecto, el Congreso dictó la Ley n° 29.785, Ley de Consulta Previa, que desarrolla las obligaciones estatales de consulta a las poblaciones indígenas, respecto de las medidas legislativas y administrativas que les afecten de manera directa, al haber suscrito el Estado peruano el Convenio n° 169 de la OIT. Por su parte, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Supremo (DS n° 001-2012-MC) que reglamenta la ley. Estos instrumentos normativos serán implementados una vez que se haga pública la base de datos que registra a las poblaciones y territorios que tienen derecho a ser consultados.

En este sentido, se abre una agenda de canalización de los conflictos socioambientales con las poblaciones de la Amazonía y de los Andes que puede permitir la inclusión social al Estado de Derecho de los pueblos originarios que han sido marginados del proceso democrático-constitucional y del beneficio del crecimiento económico, antes que generar una mayor confrontación, si se sabe procesar dichos conflictos dentro de la institucionalidad del derecho a la consulta previa. Sin embargo, este desafío no es solo un quehacer de naturaleza política; en la medida en que ya se han expedido las normas básicas corresponde a la voluntad gubernamental, así como a las instituciones administrativas y/o judiciales, coadyuvar en poner en funcionamiento el reconocimiento de los derechos de participación de los pueblos indígenas, a la luz de los mandatos internacionales y la jurisprudencia sobre la misma que viene expidiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El escenario de los derechos fundamentales, en particular de los derechos políticos, también presenta desafíos. Por un lado, con la controvertida decisión del Jurado Nacional de Elecciones de iniciar un proceso de revocatoria contra la electa alcaldesa de Lima, Susana Villarán, por parte de un colectivo ciudadano que perdió las elecciones municipales de 2011. Si bien los mecanismos

de participación ciudadana previstos en la Ley n° 26.300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, como la revocatoria de autoridades locales, rendición de cuentas, iniciativa legislativa, referéndum, se vienen utilizando parcialmente en las zonas interiores del país, se aprecia su magnitud cuando se pone en cuestión al gobierno municipal de Lima.

Ello es así en la medida en que en la capital vive la tercera parte de la población del país; así como también que esta es la mayor fuente de generación de tributos, inversión, ahorro y comercio. Lo que supone creará inestabilidad e incertidumbre en la gobernabilidad de la capital, más aún porque la revocatoria según la mencionada ley no requiere una causal para solicitarla. Ello ha llevado a plantear la pregunta de ¿cuánta democracia participativa soporta la gobernabilidad? Así, parece necesaria la revisión de este instituto de participación ciudadana, para que su manipulación no afecte el orden público constitucional.

En ese escenario se presentan algunos casos judiciales relativos a tutela o no de los derechos fundamentales, que a continuación se comentan.

II. Sentencias destacadas durante el período 2011-2012

1. Caso Ho Wing (Exp. n° 02278-2010-PHC/TC)

En mayo de 2011 el Tribunal Constitucional del Perú (TC) resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el ciudadano chino Wong Ho Wing contra el Estado peruano, representado por el Poder Ejecutivo, con el objeto de que se abstenga de extraditarlo a su país de origen, al estar acusado de los delitos de defraudación de rentas de aduanas y cohecho en agravio de la República Popular China.

La controversia gira en torno a si la extradición del señor Wong Ho Wing amenazaría su derecho a la vida, toda vez que los delitos que cometió podrían ser sancionados en su país de origen con cadena perpetua, e incluso con la pena de muerte. Pese al compromiso del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China de no imponer la pena de muerte, el recurrente insiste en su pedido.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sentenció que el Estado peruano, sujeto al Derecho Internacional, tiene dos obligaciones aparentemente incompatibles. Una, la de extraditar al señor Wong Ho Wing, en virtud del artículo 1° del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la Repú-

blica Popular China, y otra, de no someterlo al riesgo de que se le aplique la pena de muerte vía extradición, según reza la Resolución del 28 de mayo de 2010 de la Corte IDH.

Pese a que el Tribunal tenía conocimiento de que la sanción de la pena de muerte ya había sido derogada en febrero de 2010 vía reforma constitucional, este resolvió a favor de la no extradición del señor Ho Wing, fundamentando que “las garantías diplomáticas ofrecidas por la República Popular China son insuficientes para garantizar que al señor Wong Ho Wing no se le va a aplicar la pena de muerte” (Considerando 9). Asimismo, hizo mención de que el país solicitante permite ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, y que es de conocimiento internacional que la pena de muerte no se aplica de manera objetiva, sino por influencia de la opinión pública.

La protección de los derechos humanos constituye una obligación nacional e internacional, tanto como luchar contra la corrupción y la impunidad frente a cualquier tipo de delito. Pero algunas veces quienes han infringido la ley se amparan en las garantías de los derechos humanos para evitar ser procesados, lo cual es una práctica común en el Perú. Así, los procesados por violación de los derechos humanos o los delitos de corrupción durante el gobierno del ex presidente Fujimori, empezando por él mismo, han impugnado sus sentencias ante el Tribunal Constitucional, el cual, a partir de 2008 empezó a declarar fundados algunos recursos. Así, se ordenó la libertad de los hermanos Wolfenson, se le otorgó un indulto a Jaililie, se cerró la investigación por la matanza de El Frontón, se reincorporaron al Poder Judicial los jueces Walde Jáuregui o Valdivia Cano (separados por razones disciplinarias), se excluyó de su proceso penal por corrupción al Gral. Chacón y de la investigación fiscal por lavado de activos procedente de narcotráfico al abogado Abanto Verástegui, entre otros casos.

Ese trasfondo jurisprudencial también se ha expandido al rechazo del Tribunal Constitucional a las cartas rogatorias del célebre juez español Baltazar Garzón (quien ordenó en 1998 la detención internacional del dictador Pinochet en Londres) para requerir colaboración judicial en la investigación de malversación de donaciones españolas en el Perú, así como al rechazo a la extradición de un ciudadano ítalo-norteamericano, Luigi Caffelli Rocco, perseguido por la justicia de Oakland en los Estados Unidos para que sea extraditado por los delitos de violación sexual de menores, para lo cual el TC realizó una interpretación contraria al texto expreso del Código Procesal Penal.

En el caso de la solicitud de extradición del ciudadano chino Wong Ho Wing, el Tribunal Constitucional actuó de forma inmotivada al no dejar en claro su posición jurídica sobre si la pena de muerte había sido derogada mediante reforma constitucional para los delitos patrimoniales contra el Estado en China. ¿En qué se basaba para no dar mérito a la abolición de la pena de muerte en el caso concreto? El único argumento fue el político, para resolver un asunto jurídico, que en los casos de extradición es una competencia reservada para el Consejo de Ministros, quien valora la opinión de la Corte Suprema, la cual, por cierto, estaba de acuerdo con la extradición.

2. Caso “Santa Isabel” (Sentencia n° 15-2009-Lima)

Con fecha 17 de enero de 2010 la Corte Suprema de Justicia confirmó mediante proceso contencioso-administrativo la resolución de INDECOPI que desestima la demanda por discriminación en razón de orientación sexual interpuesta por Crissthian Manuel Olivera Fuentes contra Supermercados Santa Isabel S.A.

Las muestras de afecto del demandante y su pareja masculina ocurridas en la cafetería del supermercado motivaron al personal de dicho establecimiento a solicitarles que modifiquen su conducta, por considerarlas excesivas para ser realizadas en público. Al respecto, el demandante alega que dichas muestras de afecto consistieron en una proximidad física y miradas románticas, mientras que el demandado afirma que se trató de besos, abrazos y caricias. En tal sentido, el demandante sostiene la existencia de un trato desigual hacia su persona con motivo de su condición de homosexual y no a las características de su conducta.

Sobre el tema, la Corte estableció que:

[...] en el caso de conductas de parejas o vinculadas con la intimidad de las personas, dado su carácter vinculado con las conductas socialmente aceptadas, el establecimiento deberá tener cuidado con no trasladar a la prohibición de la conducta, condiciones de tipo subjetivo o discriminatorio, pues el trato diferenciado o la segmentación del mercado es una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que justifique dicha diferenciación (considerando 7).

Por otro lado, la Corte afirmó que por el artículo 7-B del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor corresponde al consumidor afectado, o a quien lo represente en el proceso, acreditar la existencia de un trato desigual, mientras que el proveedor del bien o servicio debe acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada del mismo.

En efecto, la norma señala que:

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando esta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

No habiendo el demandante aportado las pruebas suficientes para acreditar los hechos alegados por él mismo, la Corte concluyó que no puede exigírsele al establecimiento la acreditación de causa objetiva y justificada para el trato discriminatorio que se le imputa y que en consecuencia opera la presunción de inocencia a favor del demandado.

Sin embargo, cabe señalar que la Corte Suprema no está caracterizada por tener una jurisprudencia procesal *ad hoc* respecto de las demandas de derechos fundamentales, en la medida en que a una concepción del proceso le corresponde una concepción de los derechos fundamentales y a una concepción de derechos fundamentales le corresponde una concepción del proceso.

Así, el concepto formalista del proceso en el Poder Judicial hace que la norma y la interpretación de los derechos se ancle en el concepto tradicional en virtud del cual, quien alega, debe probar la acusación. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, es sabido que en la sociedad existen grupos vulnerables o marginados en el reconocimiento o ejercicio igualitario de sus derechos humanos. Por ello, la jurisprudencia constitucional comparada ha diferenciado tres tipos o grados de intensidad del control judicial de la discriminación:

- *Control intenso*: Se invierte la carga de la prueba para que sea el acusado quien demuestre que la intención del acto o medida no fue discriminator, en la medida en que la persona agraviada pertenece a un grupo o colectivo históricamente segregado o discriminado, por razones de sexo, raza, idioma, opción sexual o edad, básicamente.
- *Control intermedio*: La carga de la prueba se otorga caso por caso, en función de la naturaleza del caso que denuncia un trato discriminatorio, debido a que se parte de los supuestos en los que se puede realizar un trato diferenciado pero de manera objetiva y razonable.
- *Control débil*: Se presume la validez del acto o la medida siempre que se refiera a asuntos, por ejemplo, de regulación económica; en cuyo caso la carga de la prueba recae en quien denuncia la discriminación.

En estos casos correspondería que la persona agraviada con una sentencia judicial pueda impugnarla mediante un proceso de amparo que restaure el derecho fundamental violado, solicitando que se haga el control difuso de constitucionalidad o convencionalidad, a fin de inaplicar las leyes que sean contrarias a los derechos fundamentales de las víctimas.

3. Caso “FONAVI” (Exp. n° 00007-2012-PI/TC)

El 12 de junio de 2012 el Tribunal Constitucional emitió en mayoría, a propósito del polémico caso FONAVI, una sentencia favorable al cuestionamiento de las normas con rango de ley aprobadas por el pueblo mediante referéndum.

Mediante Decreto Ley n° 22.591, se creó en el Banco de la Vivienda del Perú, el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) con el objeto de satisfacer la necesidad de vivienda del sector laboral. Dicho fondo dispuso una contribución obligatoria de los trabajadores afiliados, a fin de destinar los recursos recaudados a la construcción de viviendas para ser alquiladas o vendidas a los mismos. Un grupo reducido del sector laboral se vio favorecido, mientras que la gran mayoría vio esfumados sus fondos sin resultado alguno.

En tal sentido, se aprobó mediante referéndum la Ley n° 29.625, Ley de Devolución de Dinero del FONAVI, que ordenó, entre otros aspectos, la restitución a todos los trabajadores contribuyentes del total de los aportes que habían sido descontados de sus remuneraciones. Con posterioridad, dicha ley fue sometida a un proceso de acción de inconstitucionalidad interpuesta por

el Colegio de Abogados del Callao, por considerar que la devolución tendría incidencia negativa en el presupuesto nacional.

Frente a tal escenario, el Congreso de la República, en representación legítima del pueblo, dedujo la nulidad del auto admisorio de la demanda y utilizó como argumento central la inexistencia de un procedimiento legal preestablecido para cuestionar una norma con rango legal aprobada por el pueblo mediante referéndum.

Al respecto, el Tribunal arguyó que, si bien ni la Constitución ni el Código Procesal Constitucional contemplan mecanismos de cuestionamiento de las leyes aprobadas por democracia directa, ello no obsta para que, haciendo una interpretación extensiva del inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, se les pueda otorgar el carácter de normas con rango de ley y así ser objeto de control abstracto mediante un proceso de acción de inconstitucionalidad.

Además, el Tribunal recalcó que, cuando el pueblo expresa su voluntad siguiendo los procedimientos que la Constitución y la ley prevén, no se manifiesta como poder constituyente, sino como verdadero poder constituido y, como tal, ejerce un poder limitado en sus competencias. En tal sentido, el Tribunal precisó que es posible el control de constitucionalidad de las normas aprobadas por referéndum, por lo que declaró improcedente la nulidad interpuesta por el Congreso de la República. Y falló disponiendo que la devolución de dichas aportaciones individuales pueda hacerse mediante obras y servicios públicos a favor de los beneficiarios y no necesariamente a través del reembolso del dinero aportado.

En relación con el caso se puede señalar que el constitucionalismo popular ha ido avanzando primero con la iniciativa popular para la convocatoria a un referéndum para que el pueblo se pronuncie sobre la devolución de los fondos del FONAVI a sus aportantes. Así, conjuntamente con las elecciones municipales de octubre de 2010, el 67% de los votantes en el nivel nacional aceptó la propuesta sometida a referéndum. Con ese resultado el Congreso aprobó la mencionada Ley n° 29.625, que supone la erogación aproximada del equivalente a ocho mil millones de dólares.

De allí que, como en algunos casos anteriores en los que el Colegio de Abogados del Callao oficia de demandante del Poder Ejecutivo y/o del propio TC, interpuso una demanda de inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, con el argumento de la violación del principio constitucional del

equilibrio presupuestal, establecido en el artículo 78 de la Norma Suprema. La misma plantea dos problemas procesales/sustantivos.

Uno, la falta de legitimidad que tiene el Colegio de Abogados del Callao para interponer la demanda y ser admitida, debido a que, si bien la propia Constitución (artículo 205-5) reconoce la capacidad de los colegios profesionales para interponer demandas de inconstitucionalidad, esta norma precisa que sea en la materia de su especialidad. Sobre el particular la jurisprudencia del TC estableció que debían ser materias propias de su gremio, dejando a salvo el examen del caso a caso para su admisión o rechazo. No obstante, la supuesta afectación del presupuesto público es una materia de competencia directa del Poder Ejecutivo, el cual en todo caso es el encargado exclusivamente de la formulación y la ejecución presupuestales, según la Constitución.

Otro problema estriba en que la Ley de Devolución del FONAVI, como ninguna otra norma legal, trae la aprobación directa de la voluntad popular, expresada en las urnas mediante referéndum. Si bien es cierto que ello no la exime de su eventual control constitucional, la argumentación del TC resulta insuficiente al ejercer su poder contra un mayoritario directo, como jueces sin mayor justificación. Más aún, el TC debió reconocer un grado de mayor legitimidad a dicha ley, a diferencia de cualquier otra norma legal que aprueba el Congreso; lo cual tiene consecuencia, tanto en la presunción reforzada de validez constitucional de la Ley n° 29.625, como en el examen de su constitucionalidad, que no puede ser estricto sino débil, por cuanto emana directamente de la voluntad y el voto populares. Ello no se tomó en cuenta al interpretar la norma legal otorgándole un sentido interpretativo no previsto en estricto en la mencionada norma, más aún cuando dicha ley goza de una presunción reforzada de constitucionalidad.

4. Caso “Conga” (Exp. n° 0001-2012-PI/TC)

El 17 de abril de 2012 el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca n° 036-2011-GR.CAJ-CR, referida a la inviabilidad del Proyecto Minero Conga.

Dicha ordenanza declaró la intangibilidad de las cabeceras de cuenca de su región y declaró inviable el Proyecto Conga por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, referidos al respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y

comunidades nativas, ya que la ejecución de dicho proyecto ocasionaría daños irreversibles en los ecosistemas frágiles, sostenidos por cuatro lagunas que dicho proyecto planeaba vaciar para hacerlo viable.

En efecto, el artículo III, numeral 5 de la Ley de Recursos Hídricos (Ley n° 29.338) señala que: “El Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional enfatizó que, si bien resulta loable la intención de proteger las cabeceras de cuenca, no bastan para ello medidas aisladas como la dispuesta por el gobierno regional, “ya que estas pueden servir como una medida meramente temporal pero sin cumplir con brindar una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva” (Fundamento 31).

Por otro lado, afirmó que por el primer párrafo del artículo 75 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos se señala que:

La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, debe velar por la protección del agua, que incluye la conservación y protección de sus fuentes, de los ecosistemas y de los bienes naturales asociados a esta en el marco de la Ley y demás normas aplicables. Para dicho fin, puede coordinar con las instituciones públicas competentes y los diferentes usuarios.

En consecuencia, concluye el Tribunal Constitucional que no es competencia del gobierno regional determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca, sino de la Autoridad Nacional del Agua –ANA–. Asimismo, señala que el gobierno regional se extralimitó en sus competencias al pretender anular o suspender un proyecto de gran minería, razón por la cual declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza en cuestión.

La sentencia del Tribunal Constitucional continúa en la nueva línea jurisprudencial de rechazo a las demandas de los pueblos indígenas y de las autoridades municipales y regionales para prohibir la explotación de sus recursos naturales. Así, se pueden mencionar las sentencias en el Exp. 00025-2009-PI/TC, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley n° 29.338 (“Ley de Recursos Hídricos”), la cual fue declarada infundada, respaldándose, por tal motivo, en la ley emitida por el Congreso de la República. En esta misma

línea se encuentra el Exp. n° 00008-2010-PI/TC, caso “Fajardo”, donde se resuelve una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal n° 04-2008-MPF-H/A, expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo (Ayacucho) que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo y, en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.

Por otra parte, está el Exp. n° 00009-2010-PI/TC, otra demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República, representado por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, contra la Ordenanza Regional n° 065-2009-CR/GRC, que declara como área de no admisión de denuncios mineros toda la Región del Cusco. Asimismo, se encuentra el Exp. n° 0005-2012-PI/TC, en el que se declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional n° 108-2011-GRJ/CR, que reglamentó el derecho de consulta previa en la región de Junín porque afecta los derechos fundamentales de terceros y porque el reglamento no fue publicado íntegramente en el Diario Oficial.

Por otro lado, también se encuentra el Exp. n° 0624-2010-PHC/TC, el caso de la comunidad nativa amazónica “Tres Islas”, donde la inicial resolución se pronuncia sobre el *habeas corpus* que fue declarado improcedente, permitiendo que las empresas de transporte “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL” transiten libremente para llevar a cabo la tala de los árboles de los bosques de propiedad comunal de la comunidad nativa, para luego ser revertido con una sentencia en el Exp. n° 01126-2011-PHC/TC que declaró fundada la demanda, favoreciendo a la comunidad, aunque la ejecución de la misma no se haya realizado hasta la fecha.

En relación con el “Caso Conga”, se presentan dos temas jurídicos relevantes. Uno, procesal, referido a la naturaleza de la demanda de inconstitucionalidad contra una norma legal regional que se ha pronunciado sobre la regulación y la protección de los recursos hídricos de su región, el mismo que se plantea como un problema materia de un conflicto de competencia. Si bien la sentencia así lo estima en un principio, no se lleva adelante el test de la competencia que hubiera permitido resolver esta demanda de forma motivada adecuadamente. Por ello, el Tribunal Constitucional resuelve la *litis* apelando a un argumento de jerarquía de la Ley General de Recursos Hídricos por sobre la ordenanza regional, siendo que la solución no está en la ley, sino en

interpretar la ley desde la Constitución, que es donde se asignan también a las regiones competencias sobre el manejo de los recursos hídricos de su localidad.

Asimismo, cabe señalar que el ordenamiento constitucional no ha establecido una jerarquía entre las normas del mismo rango legislativo, como la ley, la ordenanza regional, así como los decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamento del Congreso, tratados y ordenanzas municipales, según dispone el artículo 200-4 de la Constitución. Por ello, los conflictos que pudieran producirse entre estas normas no se resuelven por el principio de jerarquía, sino por el del test de la competencia.

Otro problema, en este caso, de carácter sustantivo, es el relativo a la competencia sobre los recursos hídricos de las cabeceras de cuencas. Esto supone que la regulación de dichas cabeceras comporta un tema muy delicado por el impacto a los sistemas hídricos a los cuales alimenta. Por ello, si bien la Ley de Recursos Hídricos establece que su regulación es una competencia de la Autoridad Nacional del Agua, no es una materia exclusiva y menos excluyente de la competencia constitucional de los gobiernos regionales en materia del manejo de las aguas de su ámbito territorial. En efecto, constituye una materia compartida entre ambos niveles de gobierno, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional debía haber jugado un rol de pacificación y canalización institucional de la resolución del conflicto minero-ambiental.

En todo caso, el test de la competencia debió operar como una técnica de delimitación de las competencias compartidas o exclusivas, misma que no fue aplicada. Sin embargo, si en última instancia hubiera dudas razonables sobre los grados de titularidad de la competencia sobre la regulación y el manejo de las cabeceras de cuencas, la Ley de Bases de la Descentralización prevé que se debe aplicar el principio de subsidiariedad, en virtud del cual le corresponde resolver el asunto en controversia al órgano o entidad que se encuentre más cercano al ciudadano; esto es, al gobierno regional antes que al gobierno nacional. En efecto el artículo 14, numeral 14.2, literal "a" de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley n° 27.783, prevé que:

El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer

aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones.

III. Conclusión

La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el actual proceso democrático-constitucional se encuentra en medio de la tensión entre las fuerzas democráticas y las fuerzas autocráticas. Tensión que se inicia con la reacción de estas últimas ante los avances de la lucha contra la corrupción y la impunidad en materia de derechos humanos. De allí que las ajustadas victorias electorales del presidente Ollanta Humala contra Keiko Fujimori y de la progresista alcaldesa de Lima Susana Villarán hayan unificado a las fuerzas nacionales y locales conservadoras que fueron derrotadas electoralmente; las mismas que cuentan con un amplio respaldo de los medios de comunicación tradicionales y extremistas, unidos por su oposición ideológica y social a ambas autoridades.

Así, se pone en evidencia que la protección de los derechos humanos constituye un punto de divergencia política, sobre todo cuando esta involucra los derechos políticos y sociales. Sobre el primero, se puede analizar el caso del ex presidente Fujimori, preso en un centro policial, en el que se le ha acondicionado un departamento y un jardín. Pero, si bien está cumpliendo una condena penal de 30 años de cárcel por violar los derechos humanos de civiles en los casos de las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, la controversia mayor se ha presentado por la presión política y mediática conservadora al Presidente de la República para que le otorgue el indulto por sus delitos, sobre la base de que se encontraría gravemente enfermo.

Un indulto presidencial aflojaría la presión de la oposición contra el gobierno, más aún, para algunos hasta podría servir para modificar la ley electoral que impide la postulación de la esposa del Presidente a cargos políticos, en particular *ad portas* de las elecciones presidenciales de 2016. Sin embargo, el indulto no es un acto gubernamental de oficio como lo exigía el entorno familiar de Fujimori; más aún, él mismo niega y desconoce la comisión de los delitos por los cuales está preso, pero indirectamente ha solicitado el indulto.

No obstante, se ha negado a recibir a la junta médica encargada de examinar su estado de salud, con el argumento de que deben ser sus médicos quienes den su parecer. Asimismo, ha rechazado el cambio de los funcionarios penitenciarios y policiales que están administrando su centro de reclusión.

Con lo cual no muestra ningún signo de culpa ni pide perdón, que resultaría necesario para su rehabilitación y resocialización, así como permitiría acreditar su reincorporación a la sociedad. Esto sin perjuicio de que los médicos competentes que supervisan su salud lo encuentran en un delicado estado de salud que habilita la norma para solicitar el indulto. Con ello, este escenario de tensión se proyecta a 2013, en la medida en que la imparcialidad con la cual viene actuando el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encargado de tramitar los indultos, se mantenga.

Por otro lado, la coyuntura electoral sigue presente vivamente, porque, si bien el presidente Ollanta tiene una relativa aprobación de la opinión pública, su esposa, Nadine Heredia, es quien tiene una alta aceptación ciudadana y de los medios de comunicación. Debido a que en los momentos de crisis gubernamental ella ha sabido capitalizar a su favor las soluciones a las mismas, mientras que el Presidente ha asumido su costo. Ello ha generado una corriente de opinión pública y de especialistas, para que su esposa sea la candidata presidencial para el año 2016, ya que el Presidente está impedido constitucionalmente de postular a una reelección de manera inmediata.

El tema presenta dos aristas: una política y otra jurídica. La política tiene que ver con el principio democrático de la alternancia en el poder, es decir, prohibir no solo la reelección presidencial inmediata, como una forma de combatir el caudillismo histórico; sino del llamado nepotismo. Es decir, que sea el cónyuge o los hijos quienes sucedan en el gobierno al Presidente, forzando o violando las instituciones legales y/o constitucionales.

En el caso concreto, la ley electoral prohíbe que los familiares directos del Presidente postulen a altos cargos políticos de elección popular. Sin embargo, adelantando opinión, el ex presidente del Tribunal Constitucional, al igual que el presidente del Jurado Nacional de Elecciones, han declarado a la prensa, que, como ese impedimento no está previsto en la Constitución, sino en la ley, la eventual postulación de la esposa del Presidente, Nadine Heredia, no sería inconstitucional.

Desde el punto de vista jurídico, adelantar opiniones sobre una materia que podría ser resuelta en la jurisdicción electoral y/o constitucional inhabilita a quienes así ya se han pronunciado. Sin embargo, el tema jurídico de fondo es si esa interpretación es consistente y válida. Al menos cabe señalar que pretender asumir una regla propia del derecho privado, que se funda en

la autonomía de la voluntad, según la cual lo que no está prohibido está permitido, es cuestionable para dilucidar un asunto de derecho público.

Esa interpretación es violatoria del mandato del artículo 2-24-A de la Constitución, que dispone que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”. Y la ley electoral prohíbe la postulación de la esposa del Presidente de la República. Y, si bien una ley posterior deroga a otra ley anterior, el Congreso, de pretender modificar dicho impedimento legal que tiene carácter general, estaría dictando una ley con nombre propio para habilitar la candidatura de la esposa del Presidente a las elecciones de 2016.

En otro orden de cosas, la nefasta experiencia de las leyes de reelección presidencial a favor del presidente Leguía en 1923 y 1928, así como la ley de interpretación auténtica que permitió la re-reelección de Fujimori de 1996 y 2000, terminaron con el primero condenado y muerto en prisión y el segundo con una condena actual de 30 años por los delitos cometidos contra los derechos humanos. La lección histórica es que el poder trae la semilla de su propia autodestrucción, pues, como decía Lord Acton: “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”.

Jurisprudencia constitucional uruguaya

Martín Risso Ferrand*

I. Introducción

Según se señaló en los informes anteriores, en Uruguay rige la Constitución de 1967, con las enmiendas de 1989, 1994, 1997 y 2004, que no prevé la existencia de un tribunal o consejo constitucional.

La solución uruguaya, vigente desde 1934, consiste en establecer un sistema de contralor de la constitucionalidad de las leyes concentrado en el órgano supremo del Poder Judicial, la Suprema Corte de Justicia. Los procedimientos solo pueden ser promovidos por aquellos que se encuentren lesionados en un derecho subjetivo o en un interés legítimo y la sentencia de la Corte únicamente tiene efectos para el caso concreto en que se dicte.

Tradicionalmente, aunque en especial en los últimos quince años, la Corte se ha autorrestringido en sus funciones de guardiana de la Constitución. Esto lo ha hecho recurriendo a la noción estadounidense del *self-restraint*,¹ a una

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

¹ Aunque no advierte la Corte que esta posición refiere a una hipótesis distinta de la uruguaya. La discusión de los Estados Unidos, que llega a nuestros días, reposa en la carencia de elementos constitucionales para resolver la cuestión. Y así puede recordarse el famoso debate a mediados del siglo xx entre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler. Lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para Hand, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*judicial review*) no es una lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de este poder. En cambio, para Wechsler, la *judicial review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido). Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald,

concepción extrema de la presunción de constitucionalidad de las leyes (que hace que solo en casos de invalidez grosera se proceda a la declaración de inconstitucionalidad), y suele hacerse referencia, en forma genérica, al “gobierno de los jueces” como algo que la Corte debe evitar.

En definitiva, la Corte se preocupa en especial de no invadir competencias legislativas y explícitamente procura dejar que las decisiones tengan una base democrática. Esto, que algunos llaman objeción democrática, es un tema discutido y siempre interesante. Por ejemplo, Sullivan y Gunther² se preguntan si la *judicial review* y este control contramayoritario son consistentes con la democracia. La crítica más obvia a la *judicial review* viene en este punto. ¿Puede una Corte no electa por el pueblo declarar la inconstitucionalidad de una ley aprobada por los representantes del pueblo? La pregunta genera inquietudes acerca del control contramayoritario y aparecen quienes reclaman el *self-restraint* frente a las decisiones de órganos electos popularmente. La opción es o una confianza absoluta en las decisiones de las mayorías legislativas o que también estas estén sometidas a un control en cuanto a su constitucionalidad. Y aquí nos aproximamos a un carácter doble, en cierta forma contradictorio, que presentan las constituciones democráticas: por un lado son democráticas en tanto establecen este sistema y disponen lo necesario para que sea efectivo, pero además son antidemocráticas en tanto ponen límites a las decisiones de las mayorías legislativas.

Por supuesto que las soluciones extremas —autorrestricción enfrentada a una suerte de hiperactivismo en que el juez invade el terreno de decisión política— parece que deben ser abandonadas y concentrar la cuestión en que la Corte cumpla sus funciones constitucionales sin restricciones y sin excesos.³

En el período analizado no surgen cambios en la posición histórica de la Corte en esta temática.

Constitutional Law, 15ª ed., Foundation Press y Thomson West, Nueva York, 2004, p. 15. Pero esto no es válido en Uruguay que cuenta con normas que atribuyen a la Corte, en forma inequívoca, la competencia en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

² Sullivan, Kathleen M., y Gunther, Gerald, ob. cit., p. 19.

³ Nos remitimos a lo dicho en “¿Quién tiene la última palabra en temas de Derechos Humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2012, pp. 393-414.

II. La jurisprudencia del período

No han sido muchas las sentencias sobre procedimientos de inconstitucionalidad, dictadas en el período en estudio que presenten innovaciones en la tendencia jurisprudencial anterior. Del análisis realizado parece que las sentencias más relevantes serían las que señalaremos a continuación.

1. Reparación integral del daño

Varias iniciativas legislativas han apuntado a reparar los daños y perjuicios sufridos por algunos sujetos sometidos a prisión durante la dictadura militar (1973 – 1985). La principal de ellas fue la Ley n° 18.033, que estableció una “pensión reparadora” para sujetos damnificados pero hizo dos exclusiones de la reparación, dejando fuera a: a) quienes ya perciben alguna otra pensión o jubilación: el perjudicado debe optar por una u otra prestación y b) quienes tengan ingresos superiores a las 15 Bases de Prestaciones.⁴

Solicitada la declaración de inconstitucionalidad, por Sentencia 610/2012, la Corte la rechazó señalando en lo medular que: i) no advierte lesión al artículo 7° de la Constitución ya que por ley podría excluirse a determinados sujetos de la reparación y ii) no se viola el principio de igualdad en tanto se aplica similar régimen a quienes se encuentran en similares condiciones.

El primer argumento de la Corte es sin duda discutible. Es cierto que el artículo 24 de la Carta parece consagrar la reparación integral del daño ocasionado por el Estado, pero no es contundente la norma en cuanto a si esto impide que por ley se establezcan excepciones.

El argumento referido a la igualdad es también indudablemente problemático y requiere de algunas precisiones para que el lector extranjero lo comprenda. Desde 1934 la Corte maneja criterios anticuados en materia de igualdad. Así, mediante cita a autores antiguos y reenvíos a la jurisprudencia estadounidense, se termina siguiendo la postura de “iguales pero separados”, iniciado por el tristemente célebre caso “Plessy vs. Ferguson” de 1896. Sin reparar en que hace décadas que se han abandonado estos denostados conceptos, la Corte continúa diciendo que la igualdad se aprecia dentro de la categoría y no entre categorías, esto es, se viola el principio de igualdad si se trata en forma desigual a quienes se encuentran en similar situación pero

⁴ Se trata de una forma que permite actualizar el monto de las prestaciones.

no si los individuos se encuentran en categorías diversas. Solo se pide que las categorías sean objetivamente determinadas.⁵

Con lo anterior se advierte un problema en el planteo de la Corte. La cuestión no es que a todos los sujetos con ciertos ingresos u otras pensiones se les reconozca la indemnización, sino que el planteo correcto es: i) independientemente de sus ingresos y de recibir o no otras pensiones, la ley refiere a todos quienes sufrieron ciertos daños durante la dictadura y ii) si todos recibieron los daños no puede decir la ley que a unos, dentro de esa categoría, indemnizará y a otros no. Así planteado el caso la inconstitucionalidad parece bastante clara: si todos sufrieron similares daños todos deben ser indemnizados.

En la Sentencia 743/2012 ocurrió algo similar. Se postuló la declaración de inconstitucionalidad de una norma que daba un exiguo plazo para contestar la demanda (diez días). Se invocó que el demandante tenía un plazo mayor y mejores posibilidades de preparación de la demanda y el breve plazo de la contestación, entre otros cuestionamientos, implicaba una desigualdad entre las partes en el proceso. Pero nuevamente la Corte entendió que no había que analizar la igualdad entre las partes (demandante y demandado) en el proceso, sino entre todos los demandados y como a todos se les daba el plazo de diez días rechazó la inconstitucionalidad.

2. Perjuicio hipotético y eventual

La Ley n° 18.091, en materia laboral, establece que los plazos de prescripción para el reclamo de créditos laborales se interrumpen con la presentación de la demanda. Pero no establece nada respecto a la notificación al demandado (patrón), por lo que puede pasar mucho tiempo, pensar el patrón que prescribieron los reclamos y, luego, encontrarse él con que estos no prescribieron y con que debe enfrentar un proceso iniciado tiempo antes. La Corte, en Sentencia 4.764/2011, rechazó la demanda considerando que el perjuicio era eventual o hipotético. En realidad parecería que habiéndose planteado la cuestión como excepción en un proceso en trámite, directamente no había perjuicio para quien ya se encuentra en conocimiento de la demanda.

⁵ Nos remitimos a lo dicho en “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, en *Revista de Derecho*, n° 5, 2010, Universidad Católica de Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 173 y ss.

3. Autonomía departamental y legitimación activa

La Constitución uruguaya establece un sistema de descentralización territorial en dos niveles: departamental y municipal. Respecto a la materia departamental la propia Constitución da pautas precisas y concretas sobre su contenido, sin perjuicio de dejar la cuestión abierta a la ley que puede ampliar las competencias de los órganos departamentales, pero no disminuirlas. Así mismo, se confiere a los órganos jerarcas del departamento (Intendente —ejecutivo departamental— y Junta Departamental —legislativo departamental—), una acción por lesión de autonomía que habilita a estos órganos a defender la autonomía constitucionalmente establecida contra cualquier hecho o acto (incluida una ley) que la invada, menoscabe o disminuya en cualquier forma. Esta acción de lesión se deduce ante la Suprema Corte de Justicia.

Por Ley n° 18.191, se establecieron normas sobre la seguridad en el tránsito, entre otras, el uso obligatorio del casco para motociclistas, estableciendo que se aplicaría igualmente en las jurisdicciones departamentales. Ningún gobierno departamental accionó contra la ley por considerar que invadía la autonomía departamental, pero algunos particulares, considerando que el legislador es incompetente para dicha regulación, solicitaron que se declarara inconstitucional.

Por Sentencia 564/2012 la Corte desestimó la acción considerando que únicamente tenían legitimación activa para la defensa de la autonomía los intendentes y las juntas departamentales. Adviértase lo discutible del tema. Es incuestionable que solo los órganos de los gobiernos departamentales pueden defender válidamente su autonomía, pero no es menos cierto que si se dicta una ley inválida por falta de competencia del legislador nacional (los competentes son los gobiernos departamentales) el damnificado debe obtener la protección jurisdiccional para que no se le aplique un acto que es inválido por carecer de competencia la autoridad que lo dictó.

4. Autorrestricción

En varias sentencias, por ejemplo, las n°s. 4.818/2011 y 885/2012, la Corte mantuvo su criterio en cuanto a una presunción de constitucionalidad extrema, lo que prácticamente resulta imposible de sortear. Asimismo, continúa utilizando una curiosa expresión que nunca pudimos comprender: dice la Corte que la constitucionalidad es la regla y la inconstitucionalidad la excepción. Y en definitiva, mediante estos criterios llega, en los hechos, a que solo corres-

ponde la declaración de inconstitucionalidad en casos en que la invalidez sea grosera, manifiesta, extrema.

Lo anterior vuelve a plantear la cuestión extremista de autorrestricción vs. activismo o hiperactivismo. Sobre esto señalamos en el pasado:⁶

Cabe preguntarse ahora ¿el activismo es malo? O si se prefiere ¿el activismo es siempre malo? No hay que olvidar que los más memorables pronunciamientos judiciales de la historia, que hoy son aceptados sin vacilaciones, en su momento fueron o pudieron ser catalogados como activismo. Piénsese en el enriquecimiento sin causa entre concubinos, en la aceptación del daño moral, etc. O incluso recuérdese una de las sentencias más famosas de la historia, “Marbury vs. Madison”, y seguramente habría que calificar a Marshall como activista en la medida que dedujo de la Constitución cosas que ésta no decía en forma expresa. O piénsese en la famosa sentencia de la Corte Warren en el caso “Brown vs. Board of Education of Topeka”⁷ que significó un duro golpe a la discriminación racial finalizando con la inaceptable posición que pretendía respetar la igualdad con escuelas, comercios, transporte, etc. separados para una y otra raza. Es evidente que el activismo no es necesariamente malo en su sustancia.⁸

⁶ En *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Edit. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 215 y ss.

⁷ Allan R. Brewer-Carías (en “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 74 y ss.) señala, bajo el título de “El activismo de los tribunales constitucionales y los valores y principios constitucionales”, que la misión de los tribunales no se limita a asegurar la supremacía del texto formal de la Constitución sino también de sus principios y valores escritos y no escritos pero que se infieren del texto y el espíritu de la Carta. Elogia el rol activo que tuvo en muchos períodos históricos la Corte Suprema de Estados Unidos, que fue más allá de las referencias textuales. Especialmente recuerda el caso Brown, en el que interpretando en forma amplia la Enmienda XIV de la Constitución (cláusula de *equal protection*), la Corte pudo dar un paso enorme en la lucha contra la discriminación racial y abandonar la vieja y triste jurisprudencia del caso “Plessy vs. Ferguson” que había establecido la máxima de “iguales pero separados”.

⁸ Incluso pueden mencionarse ejemplos fantásticos en la lucha contra la esclavitud antes, obviamente, de su abolición, como los que recuerda Amar Akhil, Reed, en *America's Constitution. A biography*, Random House, Nueva York, 2005, pp. 258-260.

O sea, si bien puede señalarse, como solución de principio, que todo órgano debe actuar dentro de su competencia y no excederse, también habrá que tener en cuenta que es muy difícil afirmar con pretensión de verdad universal qué es activismo o cuándo hay exceso. Lo que hoy puede ser considerado exceso o activismo mañana puede ser algo aceptado sin vacilaciones y hasta resultar imposible siquiera concebir una solución distinta (imaginemos hoy Estados Unidos sin *judicial review*). Con esto se quiere decir que hay que tener cuidado cuando se critica el exceso o activismo de un tribunal pues la sentencia criticada puede ser solamente algo novedoso pero esto no significa actuar fuera de las competencias judiciales.

[...]

En definitiva, en principio ningún órgano debe excederse en el ejercicio de sus competencias pero debe tenerse cuidado a la hora de determinar cuándo hay un exceso y cuándo algo novedoso que se realiza dentro de las competencias del órgano.

En el otro extremo no parece razonable ver la autolimitación como algo bueno o como una virtud. Esto podrá ser cierto en el esquema francés (que no es el uruguayo) o para quienes analizando la realidad estadounidense consideren que el *judicial review* no surge de la Constitución (es evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes sí surge de nuestra Constitución). Un órgano judicial (o administrativo o legislativo) incumple con sus atribuciones tanto cuando se excede en el ejercicio de sus competencias como cuando se autolimita y termina no ejerciendo plenamente dichas competencias.

[...]

En este punto se abren dos posibilidades: (i) o entendemos autolimitación como un retroceso del Poder Judicial que deja de ejercer parte de sus funciones en casos concretos procurando respetar a los pode-

res políticos o para no caer en el (temible) “gobierno de los jueces”,⁹ con lo que estaremos más allá de la prudencia y se estaría cerrando los ojos a abusos de otros poderes; o (ii) entendemos prudencia en sus justos términos (buen juicio, cautela, etc.) pero ejerciendo plenamente las competencias que la Constitución asigna al Poder Judicial sin autolimitaciones. Me parece claro que la segunda alternativa es la correcta.

Los conceptos de activismo y autolimitación, si bien se entienden a primera vista, cuando se profundiza en ellos se tornan confusos y vagos, y presentan problemas muy serios. Los dos tienden a aparecer, más allá de que uno se demonice y el otro se invoque como virtud, como soluciones extremas que no abordan el problema en su real magnitud: de acuerdo al sistema constitucional uruguayo, y prescindiendo de desarrollos ajenos y no coincidentes con nuestra Constitución, lo que deben hacer los jueces es ejercer cabalmente sus competencias, sin excesos y sin limitaciones. La cuestión es ejercer sus competencias. El Juez no debe ni excederse ni limitarse y menos recurrir a conceptos confusos, sin clara (o ninguna) base constitucional como la noción de autolimitación o el temor al gobierno de los jueces que provienen de otras concepciones jurídicas.

Esto no es nuevo sino que hace casi doscientos años fue analizado por uno de los más grandes jueces de la historia con una precisión meridiana y una actualidad evidente. Dijo el Juez Marshall en el año 1821 (“Cohens vs. Virginia”):

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución. Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera

⁹ También se mencionó antes el *efecto parálisis* que este concepto mítico ha despertado. Muchas veces el poder político utiliza la vaga noción de “gobierno de los jueces” para lograr que los magistrados retrocedan y les dejen mayor espacio de acción o inacción a los políticos.

sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

5. Discriminación por razones de sexo

La Ley n° 10.033, en la redacción dada por el Decreto-Ley n° 15.397, estableció que: i) las viudas de los militares (sin distinción) tenían derecho a una pensión, pero ii) los viudos de militares solo tienen derecho a pensión cuando estén incapacitados para otro trabajo.

Se promovió una acción de inconstitucionalidad respecto a estas normas invocando la violación del principio de igualdad (hipótesis de discriminación por sexo), que fue rechazada por la Corte por Sentencia 889/2012.

Los argumentos de la Corte fueron los tradicionales: i) a todos los viudos se los trata igual y a todas las viudas se las trata igual y ii) la distinción entre viudas y viudos es a juicio de la Corte justa (peor situación socio económica de la mujer) y racional (este argumento se deduce con claridad de la sentencia).

Hubo una discordia, del Juez Pérez Manrique, pero incluso en este caso se trató el tema por los caminos habituales del principio de igualdad.

Señalamos esta sentencia por separado, pues lo merece: se trata de un caso de discriminación (especie dentro del género desigualdad) que requiere de criterios más estrictos para ser aceptado. La Corte, tanto en mayoría como en la discordia, prescinde de esta consideración y no plantea la cuestión como un caso de discriminación. Si lo hubiera hecho posiblemente el fallo habría sido distinto.

III. Conclusión

En definitiva, en el período estudiado, no se advierten cambios trascendentes en los criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de control de la constitucionalidad de las leyes. Por el contrario, se aprecia la misma reticencia histórica (autorrestricción) con que la Corte ha encarado esta materia (dando amplio espacio a la decisión legislativa salvo en casos extremos) y, pese a

haberse suprimido algunas citas de la jurisprudencia de Estados Unidos anterior al caso “Brown vs. Board of Education” de 1954 y 1955, se mantienen criterios anticuados respecto al principio de igualdad que deben revisarse necesariamente.

Poco espacio institucional para la justicia

Jesús M. Casal*

I. Introducción

Procuraremos reflejar en este trabajo aspectos fundamentales de la evolución de la justicia constitucional en Venezuela durante el periodo 2011-2012, lo cual ha de estar precedido de una referencia somera al marco institucional dentro del cual actúan los jueces y tribunales de la República.

La independencia judicial es una condición para el cabal funcionamiento de la jurisdicción constitucional y aquella depende, a su vez, de la vigencia de los principios medulares del Estado de Derecho. De ahí que sea preciso aludir a factores que en nuestro país están poniendo en entredicho estos principios, circunscribiéndonos a los acontecimientos del periodo antes señalado. Por otro lado, el examen de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no podrá limitarse al análisis de algunas sentencias, sino que deberá considerar también lo que la justicia constitucional dice cuando guarda silencio y permanece inactiva frente a determinados acciones o recursos.

II. La erosión de la institucionalidad de la democracia y el Estado de Derecho

Venezuela vive un proceso político complejo que puede ser analizado desde distintas aristas. Más aún, estimamos que el proyecto en desarrollo posee mu-

* N. de los E.: Las referencias curriculares del autor fueron presentadas en el trabajo de su autoría que se encuentra en la primera parte de esta obra.

chas contradicciones y carece de homogeneidad y de simetría respecto de un determinado modelo político-económico. La dinámica institucional del país no escapa a esa complejidad, pero pueden ser enunciadas sus grandes líneas.

Dicho de modo breve, nos hallamos ante la instauración de un orden político-institucional diferente del previsto en la Constitución formalmente vigente. Un orden que, si bien procura no romper de una manera explícita con esa Constitución, la ha ido dejando de lado paulatinamente. En sustitución del diseño constitucional del poder y de la visión constitucional sobre las relaciones del Estado con los ciudadanos, en la actualidad se está erigiendo, en un plano bastante declarativo o retórico pero también práctico, el llamado Estado comunal o Estado socialista comunal, como desembocadura del denominado Socialismo del Siglo XXI.

Las leyes dictadas en diciembre de 2010 para establecer esta modalidad de Estado lo definen como una ‘forma de organización político-social’, y las ideas clave sobre las cuales se levanta son las del poder popular o el apoderamiento comunal; el socialismo en la vida cotidiana y en todas las esferas del quehacer social; la socialización de los medios de producción, al menos de los básicos o estratégicos; y la oficialización de una nueva escala de valores ético-sociales. Se persigue la multiplicación de núcleos sociales de politización, articulados en redes mayores que en último término se adscriben al Ejecutivo Nacional. Ello contrasta por supuesto con lo dispuesto en una Constitución que garantiza el pluralismo político y los derechos humanos que le están asociados, y que asegura la libertad económica, sin perjuicio de la intervención estatal que sea necesaria para preservar ciertos bienes jurídicos normalmente contemplados en la misma Constitución. Además, el Estado socialista comunal propende a la reducción de la significación de las entidades territoriales estatales y municipales previstas en la Constitución, cuya existencia y autonomía son inherentes a la definición del Estado como federal y descentralizado.

La desconstitucionalización en marcha está abriendo camino a un orden de valores contrario a la Constitución de 1999 y en buena medida a la idea misma de Constitución. Ese orden ideológico se justifica a sí mismo y solo admite límites desde la propia política, no desde el derecho. Al respecto, cabe sostener que no estamos propiamente ante el levantamiento de una Constitución alternativa o paralela, en el sentido normativo del concepto de Constitución, sino más exactamente ante la supresión o puro uso instrumental de

la Constitución y del derecho, con lo cual la vorágine política supuestamente revolucionaria aspira a desplegarse sin cortapisas heterónomas.

Existe, sin embargo, un orden ideológico reconocible que está guiando la actuación de las autoridades, al margen de la Constitución, cuyos rasgos fundamentales estaban reflejados en el Proyecto de Reforma Constitucional de 2007 y están recogidos en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 y en distintos instrumentos normativos ya aprobados. Dicho Plan preconiza, en lo político, la ‘Democracia Protagónica Revolucionaria’¹ y, en lo económico, el ‘Modelo Productivo Socialista’.² En este contexto se dictaron las leyes del poder popular promulgadas en diciembre de 2010. Este plan de desarrollo pretende ser sustituido por un segundo plan socialista, cuyos fundamentos se encuentran en el programa de gobierno presentado por [el hoy extinto] Hugo Chávez durante la última campaña electoral presidencial (2012). Uno de los grandes propósitos de este programa es la transición al socialismo y la radicalización de la democracia participativa y protagónica, lo cual se traduce en el objetivo de consolidar y expandir el poder popular y la democracia socialista. Este programa de gobierno asume resueltamente el derrotero de construir lo que puede denominarse el Estado comunal o el Estado socialista comunal, fórmulas estas ilustrativas de lo que de manera simbólica se quiere mostrar o exhibir y no completamente de la verdadera naturaleza del proyecto en construcción.

El Estado socialista comunal integra tres componentes básicos del orden político que se está imponiendo: el modelo productivo, la organización socio-territorial y el poder popular como fuente alternativa de legitimación política. La principal idea directiva del Estado socialista comunal estriba en la imbricación establecida entre esos tres elementos, junto a otros que no se hacen visibles en la fórmula. La legitimación política se procura desde las comunidades, fundamentalmente mediante la conformación de los consejos comunales y la elección de sus voceros en asamblea de ciudadanos, lo cual realza la importancia de ese nivel de organización, que desemboca en la comuna, definida como ‘espacio socialista’,³ que es fundamental dentro de la

¹ Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista, pp. 14 y ss.

² *Ibid.*, pp. 20 y ss.

³ Artículo 3° del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (publicado en

nueva 'geopolítica nacional',⁴ o geometría del poder. Al mismo tiempo, este nivel comunitario de participación política está asociado al modelo productivo denominado socialista, a través de las empresas de producción social u organizaciones socioproductivas y de la propiedad social, la cual está llamada a absorber todos los medios de producción⁵ o al menos los estratégicos y básicos.⁶ Un cuarto elemento del régimen político-económico en curso, que la fórmula del Estado socialista comunal o de la Democracia Protagónica Revolucionaria pretende ocultar, teniendo ella en este sentido algo de fachada, es el dominio por el poder central, en cabeza del Presidente de la República, de todo el engranaje del circuito de legitimación que agrupa al poder popular, al nivel territorial comunitario y a la economía socialista.⁷ La microcefalia político-territorial, que tiende a debilitar a los estados y municipios, se traduce así en una macrocefalia presidencial. Este elemento está a su vez unido a procesos de distribución clientelar de bienes o recursos.

En este contexto, el pluralismo político, esencial a la democracia, se encuentra seriamente amenazado y el Estado de Derecho, con las garantías de la división de poderes y de la independencia judicial que lo distinguen, desaparece como prioridad en la dinámica y en el horizonte del proceso político-institucional. Bajo estas coordenadas no es permitido a la judicatura ser neutral, sino que es puesta al servicio de los grandes objetivos del régimen revolucionario. El derecho, como límite a los gobernantes, siendo uno de los aspectos centrales de la normatividad jurídico-pública, da paso a la legislación y a los tribunales como instrumentos para acelerar o consolidar las transformaciones ligadas a los grandes derroteros ideológicos. Ello explica la prolon-

Gaceta Oficial n° 39.382, de 9 de marzo de 2010, reimpreso por errores materiales según *Gaceta Oficial* n° 39.416, de 4 de abril de 2010 y reformado en dos oportunidades, según *Gaceta Oficial* n° 39.655, de 13 de abril de 2011 y n° 39.924, de 17 de mayo de 2012) y artículo 5° de la Ley Orgánica de las Comunas (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extraordinario, de 21 de diciembre del 2010).

⁴ Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013. Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista, p. 27.

⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁶ Artículos 3° del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y 8°, numeral 14, de la Ley Orgánica del Poder Popular (publicada en la *Gaceta Oficial* n° 6.011 Extraordinario, de 21 de diciembre de 2010).

⁷ A estos efectos es bastante ilustrativa la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (publicada en la *Gaceta Oficial* n° 39.335, de 28 de diciembre de 2009).

gada vigencia de un régimen de transición en la administración de justicia venezolana, caracterizado por la destitución sumaria de jueces y su ingreso por vías no cónsonas con las exigencias constitucionales. Este es el marco en el cual opera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

III. El desempeño de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y algunos episodios jurisprudenciales

Antes de comentar algunos casos jurisprudenciales, queremos apuntar que se ha agudizado la inclinación de la Sala Constitucional a permanecer inactiva ante la presentación de recursos de nulidad por inconstitucionalidad contra leyes o actos jurídicos gubernamentales de gran trascendencia política. Se está haciendo casi habitual que la Sala Constitucional reciba pero no tramite los recursos judiciales que versen sobre temas delicados por su conexión con intereses oficiales. Los recursos interpuestos contra tres leyes o reformas normativas de gran significación institucional pueden ilustrarlo. Se trata de los recursos de nulidad por inconstitucionalidad ejercidos por el grupo parlamentario de la oposición (Mesa de la Unidad Democrática), junto a otros sectores sociales, contra: i) la ley habilitante que la Asamblea Nacional (AN) otorgó al Presidente de la República en diciembre del 2010, poco antes de que expirara el mandato de la mayoría oficialista que, durante la pasada legislatura, dominó ese cuerpo de forma casi absoluta, ii) la reforma del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional que esa misma mayoría agónica aprobó ese mismo mes y año para limitar las posibilidades de actuación de la oposición en el parlamento y iii) la reforma del Código Orgánico Procesal Penal que el [entonces] Presidente de la República, excediendo el ámbito de la delegación legislativa, adoptó invocando la citada ley habilitante.

El primer recurso fue presentado el 15 de febrero de 2011, el segundo, el 9 de marzo de 2011 y el tercero, el 19 de julio de 2012. Estos recursos fueron recibidos por la Secretaría de la Sala Constitucional, la cual hasta la fecha ni siquiera se ha pronunciado sobre su admisión, incurriendo en denegación de justicia. Es particularmente llamativa la mora en el examen del recurso incoado contra la ley habilitante, pues esta ley, cuya vigencia era de dieciocho meses, ya expiró sin que dicho recurso aún haya sido admitido a trámite.

Cada vez con más frecuencia la Sala Constitucional dispensa este tratamiento político y discriminatorio, de carácter pasivo u omisivo, frente a recursos judiciales referidos a temas trascendentales de la institucionalidad

democrática. Pero también hay episodios jurisprudenciales que merecen ser comentados. Abordaremos dos de ellos.

1. La toma, mediante decisión judicial cautelar que devino en definitiva, de un partido político: la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nº 793, del 7 de junio de 2012

El primer caso que queremos examinar versa sobre derechos de participación política y sobre el derecho al debido proceso. Se trata de una decisión cautelar de la Sala Constitucional mediante la cual la dirección y la representación de un partido u organización política fueron traspasadas a dos de sus miembros (junta *ad hoc*) durante el lapso de postulación de candidaturas para el proceso electoral presidencial de octubre de 2012. La organización política Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), que había participado en las elecciones primarias convocadas a fin de determinar la candidatura a la Presidencia de la República de la Mesa de la Unidad Democrática —instancia integrada por las fuerzas que ejercían la oposición política al gobierno de Hugo Chávez—, se disponía a postular ante el Consejo Nacional Electoral (CNE), junto a otras organizaciones, al vencedor en tales primarias, Henrique Capriles Radonsky. No obstante, dado que PODEMOS había apoyado por varios años al Presidente Chávez, hasta que este formuló la propuesta de reforma constitucional de 2007, había surgido en sectores del alto gobierno rechazo a la posibilidad de que esa organización postulara al candidato opositor. Unos días antes de que concluyera el lapso de postulaciones fue dictada la mencionada decisión cautelar de la Sala Constitucional, la cual impidió que la directiva de PODEMOS —visto el resultado de las primarias, la ratificación de la candidatura de Capriles por la Asamblea de la organización y el acto de postulación adoptado por la misma directiva contando con la mayoría calificada de sus miembros, incluyendo a su Secretario General Nacional— completara la postulación de Capriles y permitió al Secretario General Nacional Adjunto y a uno de los miembros de la directiva postular a quien ellos estimaran debiera ser el candidato presidencial de la organización, en función de las consultas correspondientes, lo cual se tradujo en la postulación de Hugo Chávez para la reelección en la Presidencia de la República.

Entre los aspectos procesales del caso que deben ser subrayados salta a la vista que desde el comienzo se alteraron máximas relacionadas con la imparcialidad que ha de mantener el juzgador al conocer de acciones o recursos.

La decisión cautelar señalada se originó en una solicitud de revisión de una sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que había sido desfavorable al Secretario General Adjunto del movimiento PODEMOS. La solicitud de revisión fue consignada ante la Sala Constitucional en nombre de dicho Secretario General Adjunto, sin que la abogada presentante la acompañara con poder alguno y sin estar siquiera suscrita por aquel. Ello llevó a la Sala Constitucional a declarar, conforme a su jurisprudencia reiterada sobre el punto, que la solicitud era inadmisibile, pero, acto seguido, entró de oficio, por supuestas razones de interés público, a conocer de la revisión de la sentencia de la Sala Electoral.

Esta señal de parcialidad se confirmó por la precipitación con que se acordaron medidas cautelares, algunas de ellas no pedidas en el escrito de la solicitud declarada inadmisibile ni en el proceso previo. Entre las medidas otorgadas se encontraba la de ordenar:

[...] al Consejo Nacional Electoral (CNE), remitir información, respecto a la existencia o no, de algún documento relacionado con la manifestación de voluntad por parte del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), mediante la cual acuerden respaldar la candidatura del ciudadano Henrique Capriles Radonsky, para el evento electoral de carácter presidencial fijado para el próximo siete (07) de octubre de 2012.

De manera insólita la sentencia acordó simultáneamente, sin tener a su alcance esta información que requirió al CNE, otras medidas cautelares que impidieron a la organización política PODEMOS postular al candidato que había escogido su militancia al sumarse a la celebración de las primarias de la Mesa de la Unidad Democrática y al ratificar luego su apoyo a quien resultó vencedor en ellas.

Las medidas cautelares adoptadas eran en la práctica irreversibles o difícilmente reversibles, pues estaba a punto de vencerse el lapso de postulaciones —con un fin de semana de por medio— y la remisión a la Sala Constitucional de la información solicitada al CNE, que podía dejar sin fundamento lo alegado por el presunto solicitante, en realidad solo podía llegar al expediente al expirar dicho plazo. Sin embargo, sin cumplir con la exigencia del *fumus bonis juris* (presunción de buen derecho), que debe colmar toda medida cautelar, la Sala

Constitucional bloqueó con su decisión el procedimiento de postulación que PODEMOS había iniciado a favor de Capriles.

Si la Sala Constitucional daba algún crédito a lo planteado por el Secretario General Adjunto en el amparo que había interpuesto ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y quería mantenerse dentro de los límites del poder cautelar del juez, hubiera podido ordenar que la postulación que estaba a punto de completar el partido PODEMOS, a favor del candidato Capriles, fuera aceptada provisionalmente, a la espera de la decisión de fondo que dictara una vez recibidos los informes requeridos y examinadas las pruebas que se presentaran por las partes. Pero la Sala optó, en decisión que difícilmente puede explicarse desde el derecho, por privilegiar al solicitante fallido reconociéndole la facultad de postular, junto a otro miembro de la directiva (junta *Ad hoc*), el candidato presidencial de PODEMOS. Al hacerlo, la junta *Ad hoc* solo quedaba sujeta a “los procedimientos de rigor”, frase ambigua que abría las puertas para una postulación no sustentada en la democracia partidista.

La mejor prueba de que la finalidad de la medida cautelar era crear una situación definitiva, favoreciendo al Secretario General Adjunto —quien se había mantenido por años al margen de la vida del partido—, estriba en que la facultad de oposición contra las medidas cautelares, que fue ejercida dentro del plazo legal y conforme a la normativa procesal por el Secretario General Nacional y demás integrantes de la directiva de la organización política, nunca fue decidida. La oposición a las medidas cautelares fue interpuesta el 11 de junio de 2012 y aún no ha sido resuelta. Tampoco ha sido dictada sentencia alguna sobre el fondo o mérito del proceso constitucional que de oficio inició la Sala. Los militantes originarios de la organización política PODEMOS debieron sumarse a otra organización política para participar en el mundo político con autonomía y con apego a sus convicciones. Resulta palmaria la vulneración del derecho de asociación con fines políticos, del derecho de las organizaciones políticas y de sus militantes a postular candidatos a los procesos electorales, y del debido proceso que fue perpetrada en este caso.

2. La sustitución anticipada de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 1.701, de 6 de diciembre de 2012

Otra decisión importante del año 2012 es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 1.701, de 6 de diciembre de 2012,

relacionada con el régimen de sustituciones y con el periodo de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Esta decisión condujo, primeramente, a hacer cesar a varios magistrados de este Tribunal cuyo periodo había vencido pero que no habían sido reemplazados por los nuevos titulares de los respectivos cargos. Mediante dicha sentencia se estableció que, al finalizar el 26 de diciembre del 2012 el periodo de algunos magistrados de ese órgano judicial, debía convocarse a los suplentes, en lugar de permitir que tales magistrados titulares, entre los cuales se destacaba una respetable voz disidente, permanecieran en ejercicio de sus funciones hasta que la Asamblea Nacional designara nuevos magistrados titulares.

Este pronunciamiento merece la objeción de haber distorsionado el régimen legal sobre la suplencia de faltas en el Tribunal Supremo de Justicia y haber afectado indebidamente el funcionamiento del Máximo Tribunal de la República.

La sentencia se basa en una interpretación descontextualizada y sesgada del artículo 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), el cual dispone que:

En caso de falta absoluta de un Magistrado o Magistrada, la Asamblea Nacional procederá a la designación por un nuevo periodo de doce años, según el procedimiento que preceptúa esta Ley. Mientras se hace la designación, la falta absoluta será suplida, temporalmente, por el o la suplente correspondiente, quien podrá ser postulado o postulada para el nuevo periodo.

De esta forma, la convocatoria del suplente en caso de *falta absoluta* tendría fundamento legal. Sin embargo, el problema radica en que el vencimiento del periodo de un magistrado, sin que haya sido designado quien deba reemplazarlo, no representa una falta absoluta en el contexto normativo de la LOTSJ y a los efectos del citado artículo 47.

De los artículos 49 y 50 de la ley citada se desprende que la falta absoluta a la que se refiere es la ausencia o vacante en la cual un magistrado queda definitivamente separado del TSJ por causas como la muerte, la renuncia, la jubilación (una vez que se hace efectiva), el abandono del cargo o la remoción. En cambio, cuando un magistrado titular o principal se encuentra en ejercicio de sus funciones al momento de la finalización del periodo para el cual fue

elegido y en disposición de seguirlas cumpliendo hasta ser reemplazado por otro principal (lo cual ha de presumirse), está llamado a continuar en el cargo para el cual fue elegido, hasta su reemplazo.

De ahí que el artículo 42 de la LOTSJ, al enunciar el ‘principio de continuidad’, también tergiversado por el fallo comentado, señale que:

Los Magistrados o Magistradas continuarán en el ejercicio de sus funciones, hasta tanto sean sustituidos o sustituidas por quienes deban reemplazarlos o reemplazarlas.

Un magistrado (titular) no puede ser *reemplazado* por uno de los “suplentes de los Magistrados o Magistradas”, o “suplentes del Tribunal Supremo de Justicia”, así denominados por la propia LOTSJ (artículos 45 y 46). Solo puede ser *reemplazado* por otro magistrado, de igual condición. Téngase en cuenta adicionalmente que el artículo 42 se inscribe dentro del Capítulo I del Título IV de la LOTSJ, relativo a los ‘Magistrados o Magistradas’, no dentro del Capítulo II de ese mismo Título, referido a “los o las suplentes”, y que las demás disposiciones de este Capítulo I claramente se refieren al procedimiento de elección de los magistrados (titulares) del TSJ, y a las situaciones que pudieran presentarse con motivo de su designación, sin que jueguen aquí ningún papel los suplentes, que solo están llamados a cubrir faltas temporales o accidentales, o faltas absolutas propiamente dichas, o sea, aquellas referidas a la imposibilidad, a veces provocada por voluntad del titular, de que un magistrado siga desempeñando las funciones para las que fue elegido. En todo caso, el artículo 42 de la LOTSJ carecería por completo de sentido si no fuera aplicado de la forma indicada, ya que la continuidad, entendida solamente como continuidad del servicio, como lo hace la sentencia de la Sala Constitucional, no requería de norma expresa.

Una razón adicional para sustentar esta conclusión es que los magistrados (principales) del TSJ son elegidos por la AN por un procedimiento distinto del de la designación de los suplentes, ya que los primeros deben en principio ser elegidos por las dos terceras partes de los diputados de la AN, salvo después de tres intentos fallidos, y deben escogerse entre los seleccionados en un proceso abierto de consultas a la ciudadanía en el cual cumple un papel capital el Poder Ciudadano y el Comité de Postulaciones Judiciales, integrado por distintos sectores de la sociedad. Mientras que los “suplentes del Tribunal Supremo de

Justicia”, así llamados por la LOTSJ, que ni siquiera los denomina magistrados, son elegidos directamente por la AN para un periodo de seis años, por el voto de la mayoría absoluta de los diputados presentes y “durante el mes de enero del año correspondiente”.

En una Constitución que proclama la democracia participativa y ordena promover la participación ciudadana (art. 62), es natural que se dé preferencia al magistrado propiamente dicho, elegido de acuerdo con un procedimiento de amplia participación, frente a suplentes que surgen de un procedimiento de escogencia típico de una democracia puramente representativa y para cuya designación no se exige, ni siquiera como punto de partida o regla general, una mayoría calificada de votos.

Es cierto que los actuales magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en la práctica, no fueron elegidos de acuerdo con ese procedimiento constitucional ampliamente participativo, pero este es un asunto distinto que no debe contaminar el análisis del tema planteado, menos aún cuando estamos examinando una sentencia de la Sala Constitucional, órgano que con muy poca probabilidad admitirá que esos magistrados, incluyendo los de la propia Sala Constitucional, no fueron elegidos siguiendo estrictamente el procedimiento constitucional. Lo mismo cabe decir de la circunstancia de que los actuales suplentes del Tribunal Supremo de Justicia hayan sido designados, esta vez, por los mismos cauces —de nuevo constitucionalmente precarios—, empleados para seleccionar a algunos magistrados titulares en diciembre de 2010.

Otro aspecto de la sentencia que conviene comentar es que esta rompió, retroactivamente, con el régimen de designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que estuvo vigente hasta la reforma de la LOTSJ en el año 2010. La LOTSJ estableció en 2004, siguiendo una interpretación razonable del artículo 264 de la Constitución, que dicho Tribunal se integraría siempre por periodos de doce años. Bajo esta premisa, la LOTSJ determinó que los magistrados elegidos por la Asamblea Nacional para cubrir vacantes absolutas dejadas por otros magistrados debían ejercer este cargo hasta la finalización del periodo del magistrado que reemplazaron, pues de esta forma se mantenía la renovación total del TSJ cada doce años. En cambio, la mencionada sentencia, y en parte el propio artículo 47 de la actual LOTSJ, se apoyan en la idea contraria, según la cual el periodo es individual de cada magistrado. Esta tesis les llevó, inconstitucionalmente, a declarar de manera retroactiva que los magistrados elegidos para sustituir otros magistrados,

hasta la finalización del respectivo periodo, lo fueron para un periodo completo de doce años, lo cual se hizo sin siquiera citar a la Asamblea Nacional al proceso correspondiente a fin de que ejerciera el derecho de ser oída, pese a que esta había designado tales magistrados por un tiempo menor. La Sala Constitucional adujo, para justificar su decisión, que la regulación de la LOTSJ de 2004 era inconstitucional, pero, a nuestro juicio, el artículo 264 de la Constitución dejaba margen al legislador para adoptar la solución puesto que según este el Tribunal Supremo de Justicia se habría de renovar cada doce años.

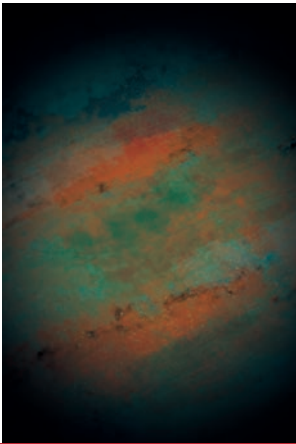
Merced a esta sentencia, la Sala Constitucional logró incorporar a los suplentes al Tribunal Supremo de Justicia para cubrir una falta interina, por un tiempo que puede no ser corto, ya que el año 2013 se perfilaba como electoral y la mayoría oficialista en la Asamblea Nacional probablemente demoraría el proceso de sustitución por los nuevos titulares de los magistrados cuyo periodo venció. Estos suplentes fueron designados en diciembre de 2010, sin oportunidad para la participación efectiva de distintos sectores de la sociedad, por un parlamento de amplia mayoría y talante progubernamental, cuyo mandato estaba a punto de expirar. Por otro lado, dicha sentencia permite que magistrados leales al proceso político en marcha, que habían sido elegidos para completar el periodo de otros magistrados —incluyendo algunos de la propia Sala Constitucional, que de esta forma extendieron su propio mandato—, permanezcan por algunos años más en el Tribunal.

IV. Conclusión

Hay poco espacio para la justicia cuando el derecho deja de ser un límite para los gobernantes y pasa a ser un arma de dominación. Mediante mecanismos diversos, como la deliberada omisión o demora en unos casos, la actuación expedita, casi policial, reductora de las posibilidades de defensa y de efectos prácticos irreversibles en otros, o la interpretación políticamente interesada de las normas, la justicia ha sido aprisionada.

No obstante, la lucha por la construcción de una institucionalidad democrática y, por tanto, del Estado de Derecho en el país sigue abierta. Esperamos que con el esfuerzo de todos los sectores sea posible remontar los enormes obstáculos que hoy se encuentran en este sendero.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon
Pro 11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70
gramos y encuadernado con método *hot melt* en
febrero de 2014, en Bogotá, D. C., Colombia



El Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, coordinado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se inscribe en una preocupación por los alcances, problemas y desafíos de la protección de los derechos humanos en el ámbito de la justicia constitucional. Juristas, académicos, analistas y magistrados de diferentes países de América Latina integran el Grupo, que realiza un esfuerzo por abordar en sus encuentros anuales y publicaciones periódicas, el reto que implica la construcción de un Estado de Derecho que consolide una cultura de respeto por los derechos de los ciudadanos.

Este libro, el cuarto de la serie, resulta muy significativo pues en su primer segmento aborda un tema de suma relevancia para el Estado Constitucional: el pluralismo jurídico; asunto rico, polifacético y complejo que plantea numerosísimos desafíos jurídicos, culturales, políticos, institucionales y científicos. También, porque su segunda parte continúa la línea discurrida desde el volumen inaugural de la colección, consistente en la presentación de informes jurisprudenciales y normativos de diversos países latinoamericanos, que ponen a disposición de los lectores valiosos aportes para contar con un retrato actualizado de la situación de la justicia constitucional y la protección de los derechos humanos en los espacios geográficos examinados.

