

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Luis Eduardo Trujillo Toscano
Directores Científicos

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Eduardo Andrés Velandia Canosa

Luis Eduardo Trujillo Toscano

Directores Científicos

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Libro Resultado de Investigación

COAUTORES

Amanda Ferreira Nunes, Ana María Carrascal Vergel, Alan E. Vargas Lima, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Angélica María Armenta Ariza, Antonio Celso Baeta Minhoto, Astrid Daniela Vidal Lasso, Arthur Antonio Raiher, Carlos Bernardo Medina Torres, Ciro Nolberto Güechá Medina, Diana Marcela Peña Cuéllar, Dudley Duque Sierra, Eder de Souza Oliveira Junior, Eduardo Andrés Velandia Canosa, Elsa Norma Delgado Rueda, Gabriel D'arce Pinheiro Dib, Gisele Caversan Beltrami Marcato, Gustavo Gutiérrez-Ticse, Haideer Miranda Bonilla, Henrique Miuki Koga Fujiki, Jainer Enrique García Gómez, Jasminie Serrano Martinelli, Jorge Isaac Torres Manrique, Jorge Iván Guerrero Fuentes, Juliana Sánchez Vallejo, Livia de Assis Batista, Lizbeth Jaime Jaime, Lucas Rocha Bragato, Luis Eduardo Trujillo Toscano, Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Luisa Fernanda Bedoya Ramírez, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral, Maria Laura Bezerra Tiveron, Martin Humberto Casadiegos Santana, Namphi A. Rodríguez, Pablo Antonio Papíni, Pablo Darío Villalba Bernié, Patricio Maraniello, Raúl Lozano Peralta, Ricardo Martínez Quintero, Sérgio Tibiriçá Amaral, Vinícius Renato Franco, William Felipe Hurtado Quintero

Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico / Eduardo Andrés Velandia Canosa / Luis Eduardo Trujillo Toscano, Directores científicos. –Bogotá: 2019.

700 p.; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-57887-8-7

1. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico 2. Justicia Constitucional
3. Derecho Procesal Constitucional

340 SCDD 21

Categorización de la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Reservados todos los derechos

© Velandia Canosa, Eduardo Andrés, Luis Eduardo Trujillo Toscano
(Directores Científicos)

Coedición:

© Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional

© Universidad Francisco de Paula Santander

© Asociación Colombiana de Justicia Constitucional

© Asociación Mundial de Justicia Constitucional

© Ediciones Nueva Jurídica

© VC Editores

Impresión y encuadernación: Ediciones Nueva Jurídica

Tiraje: 600 ejemplares.

Bogotá, Colombia, Octubre de 2019

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida sin permiso previo de Ediciones Nueva Juridica, VC Editores o Directores Cientificos de la obra. Las opiniones consignadas en cada capitulo son responsabilidad absoluta de cada coautor.

Revisión: Diana Johanna Beltrán Grande

Diseño: Gisela Acosta Quintero

ASOCIACIÓN MUNDIAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL



Presidente

Dr. Eduardo Andrés Velandia Canosa

ASOCIACION COLOMBIANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL



Presidente

Dr. Luis Eduardo Trujillo Toscano

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



Presidente

Dr. René Moreno Alfonso



DIRECTORES CIENTÍFICOS

Editores Responsables

Eduardo Andrés Velandia Canosa

Magister, Coordinador y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre, especialista en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Universidad de Pisa (Italia), especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Colombia), Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Profesor de Derecho Procesal Constitucional, Constitucional y Procesal.

Luis Eduardo Trujillo Toscano

Abogado especialista en Derecho Laboral, Magister scientiarum en Orientación M. Laboral, Docente investigador de la Universidad de la Francisco de Paula Santander, donde dirige la cátedra de Derecho Constitucional, el Grupo de Investigación Jurídico Comercial y fronterizo GIJCF y el Dpto. académico de Derecho y además es director del capítulo Norte de Santander de la ACDPC y Presidente de la Asociación Colombiana de Justicia Constitucional.

Comité Científico	Comité Editorial
<p>Luis-Andrés Cucarella Galiana (España) Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia (España) y de la Universidad de Bolonia (Italia), profesor titular de derecho procesal de la Universidad de Valencia, tratadista y Vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.</p> <p>Pablo Darío Villalba Bernié (Paraguay) Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, Vicepresidente para de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica, Campus Itapúa y Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Paraguay.</p> <p>Edgar Andrés Quiroga Natale (Colombia) Doctor en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, profesor de las universidades Libre, Externado, Nacional y Andes (Colombia), Vicepresidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y tratadista.</p> <p>Nelson Arturo Ovalle Díaz (Canadá) Doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Ottawa (Canadá), Vicepresidente para la América Anglo Francófona de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y tratadista.</p>	<p>Roberto Romboli (Italia) Catedrático de Derecho Constitucional, Director de la Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la Universidad de Pisa (Italia) y Miembro Honorario de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.</p> <p>Patricio Maraniello (Argentina) Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Director del Posgrado en Derecho Constitucional para la Integración Judicial de la Universidad de Buenos Aires. Juez Federal Civil y Comercial de Capital Federal, Argentina. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.</p> <p>Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil) Pos-doutorado pelo Colleege de France, Doutorado em Direito pela Universidade de Vale do Rio dos Sinos, profesora de Derecho Constitucional y Secretaria Académica de la Sección Brasileña de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.</p> <p>René Moreno Alfonso (Colombia) Director de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Republicana, Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Secretario General de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.</p>

Comité Científico	Comité Editorial
<p>Haideer Miranda Bonilla (Costa Rica) Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Universidad de Pisa (Italia), Director de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica y Director de la Sección Costarricense de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional</p>	<p>Vicente Fernández Fernández (México) Doctor en Derecho de la UNAM, profesor e investigador en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, Vicepresidente para Norte, Centro América y el Caribe de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y tratadista.</p>

PARES EVALUADORES

<p>Trajano Vidal Potentini Adames (República Dominicana) Director de la Sección Dominicana de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Director de la Maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Autónoma de Santo Domingo.</p>	<p>Claudia Patricia Martínez Londoño (Colombia) Doctoranda en Derecho universidad Nacional del Mar del Plata (Argentina). Magister en derecho administrativo. Docente investigadora (junior) Universidad la Gran Colombia.</p>
---	---



Consejo Directivo

Presidente	Eduardo Andrés Velandia Canosa	Colombia
Vicepresidente General	Patricio Maraniello	Argentina
Vicepresidente para Europa	Luis-Andrés Cucarella Galiana	España
Vicepresidente para la América Anglo-Francófona	Nelson Arturo Ovalle Díaz	Canadá
Vicepresidente para Norte y Centro América	Vicente Fernández Fernández	México
Vicepresidentes para Suramérica	Pablo Darío Villalba Bernié Handel Martins Dias	Paraguay Brasil
Vicepresidente de Investigación	Alfonso Jaime Martínez Lazcano	México
Secretario General	René Moreno Alfonso	Colombia
Secretaría Adjunta	Alinne Cardim Alves Martha	Brasil
Tesorera y Directora Ejecutiva	Diana Johanna Beltrán Grande	Colombia

Directores Nacionales

Argentina	Patricio Maraniello	Director
Brasil	Adriano Santana Pedra	Director
	Antonio Baeta Minhoto	Secretario General
	Jânia Maria Lopes Saldanha	Secretaria Académica
Canadá	Nelson Arturo Ovalle Díaz	Director
Chile	Leonel Torres Labbé	Director
Colombia	Héctor Francisco Arévalo Fόμεque	Director
	Jorge Iván Guerra Fuentes	Secretario
Costa Rica	Haideer Miranda Bonilla	Director
Ecuador	Juan Falconi Puig	Director
España	Luis-Andrés Cucarella Galiana	Director
Guatemala	Cornelio García	Director
Holanda	Ernesto Rosenstand	Director
Italia	Luca Mezzetti	Director
	Ricardo Perona	Secretario
México	Hugo Carrazco Soulé	Director
Paraguay	Ovidio Acosta Stefani	Director
República Dominicana	Trajano Potentini	Director
Uruguay	Rubén Correa Feitas	Director
Venezuela	Luis Alberto Petit Guerra	Director



**Universidad Francisco
de Paula Santander**
Vigilada Mineducación

Directivos

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER

HÉCTOR MIGUEL PARRA LÓPEZ
Rector

SANDRA ORTEGA SIERRA
Secretaria General

LUIS EDUARDO TRUJILLO TOSCANO
Vicerrector de Bienestar Universitario

OLGA MARINA VEGA ANGARITA
Vicerrectora Académica

MARIBEL CÁRDENAS GARCÍA
Vicerrectora Administrativa

LUZ MARINA BAUTISTA RODRÍGUEZ
Vicerrectora Asistente de Estudios

JHAN PIERO ROJAS SUÁREZ
Vicerrector Asistente de Investigación y Extensión

FANNY PATRICIA NIÑO HERNÁNDEZ
Directora Programa de Derecho



PRESENTACIÓN

El término JUSTICIA CONSTITUCIONAL (JC), es usado cada vez con mayor frecuencia, ya no solo en Europa donde inicialmente fue incorporado, sino que también es introducido en América Latina. El contenido de la Justicia Constitucional está determinado por los derechos constitucionales consagrados en las constituciones, siendo desde esta perspectiva derecho constitucional, no obstante la Justicia Constitucional implica no sólo el catálogo de derechos sino su concreción o materialización y ante su vulneración se puede reclamar su protección mediante las garantías procesales constitucionales, es decir, el concepto de Justicia Constitucional está conformado por dos variables: una de carácter sustancial, cuando señala los derechos constitucionales y otra de carácter procesal, porque indica las garantías constitucionales para la protección de los derechos.

Para aclarar que entendemos por Justicia Constitucional es pertinente analizar sus elementos gramaticales y si los descomponemos encontramos que el sustantivo es Justicia y el predicado es constitucional, significando que el predicado constitucional califica al sujeto, es decir a la justicia, entonces lo que nos interesa buscar el sentido de la justicia y no cualquier justicia sino la de orden constitucional.

La justicia por si sola es un concepto muy amplio y relativo porque cada etapa histórica o autor desarrolla su propio criterio sobre que es justicia. Así encontramos: (i) justicia como virtud, como es el caso de Platón en su obra la República (ii) Justicia como igualdad como lo propone Aristóteles en la Política (iii) justicia como libertad, en la teoría neo constructualista de JHON RAWLS.

Pero cuando hablamos de Justicia Constitucional, es una justicia concreta para una sociedad y una época determinada, limitada en un texto o carta constitucional, así entonces podemos afirmar de la existencia Justicia Constitucional en Colombia, cuando nos referimos a la concreción de los derechos constitucionales consagrados en la constitución de 1.991 y cuando utilizamos las garantías procesales emanadas en ella, para obtener la materialización de los derechos. En igual sentido cuando mencionamos Justicia Constitucional en Brasil, Bolivia, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela, etc, nos referimos a la aplicación de sus respectivas constituciones en relación a la concreción de los derechos,

bien sea de manera directa o a través de la jurisdicción constitucional para lograr su efectividad.

En ese contexto encontramos un eje común en los diferentes países latinoamericanos porque cada uno cuenta con sus respectivas constituciones que consagran derechos y garantías para su protección y la realidad de cada uno de ellos, es que siguen siendo cartas aspiracionales porque no materializan sus derechos.

Las anteriores razones nos permiten señalar que la Justicia Constitucional es un tema de gran relieve para nuestras sociedades carentes de los derechos garantizados en las constituciones y por eso la importancia de promover e impulsar la discusión de la Justicia Constitucional en seminarios y congresos que reflexionen y discutan los temas de la Justicia Constitucional.

En ese contexto es que cobra relevancia el II Congreso Internacional de Justicia Constitucional, convocado por la Asociación Colombiana de Justicia Constitucional, para analizar el fenómeno de la constitucionalización y/o convencionalización del ordenamiento jurídico en los diferentes niveles de producción normativa.

Las normas constitucionales hoy en día, son invasoras del ordenamiento jurídico, en el entendido que irradian su contenido y todas las normas tienen que ser interpretadas y aplicadas conforme a principios y valores constitucionales. Estamos en presencia de un nuevo modelo de justicia que es la constitucional y es la imperante para que los derechos constitucionales no sean letra muerta y tengan una constitución viviente o que los derechos consagrados en ella, sean una realidad.

Para explicar esa nueva realidad jurídica los temas desarrollados en el presente texto cuestionan y reflexiona temas particulares del derecho bajo la óptica de la interpretación de los derechos de rango constitucional y convencional realizada por los órganos jurisdiccionales con dicha función bien sea a nivel estatal o supranacional.

Pretendemos aportar con esta publicación al debate sobre la exigencia y materialización de nuestras constituciones y que no sean simples cartas escritas, sino que conviertan en realidad.

Los temas desarrollados corresponden a la constitucionalización y convencionalización del derecho y como los diferentes aspectos de orden legal tienen que ser interpretados conforme a los textos de las constituciones y a las convenciones sobre derechos humanos. Este proceso de constitucionalización del derecho ha sido denominado por

Susanna Pozzolo como neo constitucionalismo y coincide en sus efectos con la posición de Riccardo Guastini sobre la función invasora de la constitución sobre el ordenamiento jurídico interno de los estados.

Para Guastini es necesario identificar las siguientes condiciones para determinar el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico: (i) la existencia de una constitución rígida, en el entendido que consagra principios expresos o implícitos que no puedan ser modificados, aún siguiendo el procedimiento de reforma constitucional; es lo que en Colombia se ha denominado como jurisprudencialmente como la intangibilidad de la constitución y metodológicamente utiliza el test de sustitución de la constitución para evitar su vulneración; (ii) la garantía jurisdiccional de la constitución, es decir un mecanismo que permita que la rigidez pueda ser garantizada mediante un control determinado en la propia constitución; (iii) la fuerza vinculante de la constitución en el entendido que todas las normas constitucionales son aplicables y obligan a sus destinatarios bien sean autoridades o particulares, (iv) la sobre-interpretación de la constitución que consiste en que los interpretes constitucionales utilizan una interpretación no literal de la constitución sino extensiva de la misma; (v) la aplicación directa de las normas constitucionales que consiste en que la constitución puede ser aplicada directamente por los jueces, aún sin que exista desarrollo legal; (vi) la interpretación conforme a las leyes, permite que al interpretar la ley deba aplicarse la interpretación que resulte más conforme con la constitución y (vii) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, que permite que las diferencias políticas entre los órganos del estado sean resueltos por un órgano jurisdiccional para dirimir sus conflictos de competencia, contribuya a la expedición de las leyes y a formar la opinión de los ciudadanos sobre temas sensibles para la sociedad.

Con la existencia de los anteriores elementos hoy no hay duda que estamos en presencia del proceso de constitucionalización del derecho y que lo que se discute son los niveles de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

Las líneas señaladas nos permiten concluir que Colombia no es ajena a ese proceso de constitucionalización del derecho y por eso el análisis requerido es para indicar el grado de permeabilidad del ordenamiento jurídico por la interpretación de las normas constitucionales.

René Moreno Alfonso

ÍNDICE

Primera Parte

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Capítulo I

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción.....	31
2. Estado constitucional de derecho: antecedentes concepto y fundamentos generales.....	32
2.1. Antecedentes históricos y punto de partida.....	33
2.2. Concepto y fundamentación.....	36
3. Constitucionalización del ordenamiento jurídico: Lato Sensu y Stricto Sensu.....	40
3.1. Constitucionalización del derecho en Lato Sensu.....	40
3.2. Constitucionalización del derecho en Stricto Sensu.....	41
3.2.1. Rigidez y supremacía constitucional.....	42
3.2.2. Garantía judicial de la supremacía constitucional.....	42
3.2.3. Fuerza vinculante.....	43
3.2.4. Sobreinterpretación de la Constitución.....	44
3.2.5. Aplicación directa de las normas constitucionales.....	44
3.2.6. Interpretación de normas conforme a la Constitución.....	45
3.2.7. Incidencia de la Constitución en el debate político.....	46
4. Los derechos humanos en el estado constitucional, ¿hacia un estado convencional o una circularidad normativa?.....	46
4.1. El Estado Convencional de Derecho.....	48
4.2. Circularidad normativa: constitucionalización de los Derechos Humanos.....	49
5. Conclusión.....	51

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LAS PERSONAS NO HUMANAS EN LA JUSTICIA CONTEMPORÁNEA. DERECHO CONSTITUCIONALIZADO

1. Introducción.....	53
2. Planteamiento del problema: ¿extensión del derecho como derecho contemporáneo o derecho constitucionalizado?.....	55
3. Estado de derecho a un estado social de derecho.....	55
4. El derecho constitucionalizado.....	59
5. Postmodernidad de los derechos.....	61
6. Formación de derecho para sujetos no humanos.....	62
7. Conclusiones.....	68
8. Bibliografía.....	70

CAPÍTULO III

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CASACIÓN Y SENTENCIA DE CASACIÓN CONSTITUCIONALIZADA

1. Aprestaciones liminares.....	73
2. Historia del control normativo de la casación en Colombia y su monopolio por parte de la Corte Suprema de Justicia.....	75
3. La Constitución de 1886, el encausamiento de la estricta legalidad de la casación.....	88
4. La carta política de 1991. La constitucionalización de la casación a partir de sus fines como fundamento filosófico del estado social de derecho.....	90
5. La casación: proceso constitucional. Principios y valores.....	96
6. La casación constitucionalizada. Resultado de la interpretación constitucional en el estado social de derecho.....	100
7. Conclusiones.....	101
8. Bibliografía.....	103

CAPÍTULO IV

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

1. Consideraciones preliminares.....	107
2. El umbral de los derechos de los consumidores.....	110
2.1. John F. Kennedy y los Derechos de los Consumidores.....	112
3. Antecedentes legislativos.....	113
4. Derecho administrativo y derecho del consumidor.....	115
5. ¿Quiénes son consumidores y usuarios?.....	116
6. El consumidor y el usuario en la legislación dominicana.....	118
6.1. El Proveedor.....	123
6.2. Los Profesionales.....	125
6.3. Normas que Integran el Derecho del Consumidor.....	126
7. Máxima jerarquía normativa.....	128
8. Los desafíos del estado social.....	131
9. Derechos de los consumidores en las constituciones iberoamericanas.....	132
10. Relación de consumo.....	136
11. Consumidores y usuarios en el plexo de los derechos económicos y sociales.....	137
12. Dialéctica constitucional.....	141
13. Principios de interpretación.....	142
13.1. Principio Pro-Persona.....	144
13.2. Principio de Interpretación de la LGPDCU.....	145
13.3. Reserva de Ley y Eficacia Directa.....	147

13.4. Tutela Judicial Diferenciada.....	148
14. Conclusiones.....	151
15. Bibliografía.....	152

CAPÍTULO V
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO

1. El neoconstitucionalismo como filosofía política.....	158
2. El neoconstitucionalismo como renovación de la teoría positivista del derecho.....	159

CAPÍTULO VI
EL CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DESDE LA
LEGITIMIDAD

1. Introducción.....	169
2. Legitimidad del control de constitucionalidad.....	174
3. Legitimidad en sentido lato.....	176
4. Legitimidad en sentido estricto.....	178
5. Legitimidad material.....	184
6. Legitimidad formal.....	192
7. Conclusiones.....	194
8. Bibliografía.....	196

Segunda Parte
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CODIFICACIÓN

CAPÍTULO VII
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA CODIFICACIÓN
PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Introducción.....	201
2. Fundamento constitucional del Código Procesal Constitucional.....	202
3. Tipo de ley que ha de adoptar el Código Procesal Constitucional.....	203
4. Instituciones constitucionales que estructuran el Código Procesal Constitucional.....	206
4.1. Los procesos constitucionales.....	206
4.1.1. Procesos constitucionales de naturaleza objetiva.....	206
4.1.2. Procesos, Acciones o Medios de Control de Naturaleza Subjetiva.....	209
4.1.3. Control incidental de constitucionalidad.....	212
4.1.4. Definición de los conflictos de competencia que se susciten entre las distintas jurisdicciones.....	213

4.1.5. Eventual revisión de las acciones de tutela.....	213
4.1.6. Decisión sobre las excusas de que trata el Artículo 137 de la Constitución.....	215
4.1.7. Acciones de origen constitucional que no deben regularse en el Código Procesal Constitucional.....	215
4.2. La Jurisdicción Constitucional.....	218
4.3. El acceso a la jurisdicción constitucional.....	221

CAPÍTULO VIII

LA CONSTITUCIONALIZACION E INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

1. Introducción.....	227
2. La reforma del Código Civil y Comercial argentino.....	227
3. Cambio de paradigma.....	228
4. Ubicación del Código Civil y Comercial en el sistema jurídico argentino.....	229
5. Las fuentes del Código Civil y Comercial.....	230
6. La llamada constitucionalización del derecho privado -la interpretación conforme.....	232
7. Los tratados internacionales como fuente del derecho civil y comercial.....	233
8. Inconvenientes de la “constitucionalización” del derecho privado.....	234
9. A modo de reflexión final.....	236

CAPÍTULO IX

USO Y ABUSO DE LA CODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA

1. El tema.....	239
2. El modelo de jurisdicción constitucional peruano.....	240
3. La ubicación del Tribunal Constitucional en la Constitución peruana.....	240
4. La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional peruano.....	243
5. Ahora el juez constitucional del poder judicial.....	248
6. Conclusiones.....	249

CAPÍTULO X

VALORES CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO: INDÍCIOS E PRESUNÇÕES AD HOMINEM NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

VALORES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO: INDICACIONES Y SUPOSICIONES AD HOMINEM EN EL AMBITO DEL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL

1. Introdução.....	251
2. A prova no processo civil.....	252

3. Indícios, presunções e ficções no direito.....	254
4. Provas, presunções, indícios e simplificação procedimental no NCP.....	259
5. Considerações finais.....	266
6. Referências.....	269

CAPÍTULO XI

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA DURACIÓN RAZONADA DEL PROCESO JUDICIAL EN COLOMBIA – ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

1. Introducción.....	273
2. Constitucionalización del derecho a la duración razonada.....	274
2.1. ¿Dónde radica la problemática de la duración razonada del proceso?.....	276
2.2. Incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial.....	276
2.3. La congestión judicial o el volumen de trabajo.....	278
2.4. Jueces morosos.....	278
3. Duración razonada del proceso judicial en Colombia.....	280
3.1. Artículo 121 del código general del proceso.....	281
4. Conclusiones.....	284
5. Referencias bibliográficas.....	286

Tercera Parte

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO XII

EL ROL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

1. Marco conceptual del test de proporcionalidad: definición y origen.....	289
2. Definición del principio de proporcionalidad por la Corte Constitucional colombiana.....	306
3. Uso del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.....	310
4. Bibliografía.....	324

CAPÍTULO XIII

LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN COSTA RICA: CUATRO EJEMPLOS RECIENTES

1. Introducción.....	329
2. Las sentencias estructurales en la actuación de las cortes o tribunales constitucionales.....	331

3. Las sentencias estructurales en la actuación de la sala constitucional: cuatro ejemplos recientes.....	337
4. Las sentencias estructurales: cuatro ejemplos recientes.....	339
4.1. La sentencia número 2019-5560 y la violación sistemática del derecho a la salud por las listas de espera en la seguridad social estatal.....	339
4.2. Hacinamiento carcelario.....	343
4.3. Sobre la permanencia en las celdas de la policía judicial y la remisión de detenidos a un centro penal dentro de un plazo célere y diligente.....	345
4.4. La sentencia número 7688-2019 y el deber del Patronato Nacional de la Infancia de emitir un protocolo que garantice el debido proceso en los procesos de protección de menores de edad.....	347
5. Conclusiones.....	348
6. Bibliografía.....	349

CAPÍTULO XIV

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: CONSULTAS POPULARES Y AMAZONIA COMO SUJETO DE DERECHOS

1. Introducción.....	353
2. La Constitución colombiana.....	355
3. La jurisdicción constitucional: órganos, acciones y precedentes.....	357
4. La jurisprudencia constitucional y su variación: un estudio de caso de la consulta popular y la amazonia como sujeto de derechos.....	362
4.1. De la Consulta popular en Colombia.....	362
4.1.1. Regulación normativa.....	362
4.1.2. <i>Desarrollo jurisprudencial y su variación: Retroceso</i>	363
4.2 Reconocimiento de Derechos Bioculturales: La Amazonia como sujeto de Derechos.....	366
5. Desafíos y necesidad de generar seguridad.....	368
6. Conclusiones.....	370
7. Referencias.....	371

CAPÍTULO XV

20 AÑOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA (1999 – 2019). LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS HITOS MÁS RELEVANTES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA

1. Resumen.....	375
2. Nota preliminar.....	375
3. Antecedentes de la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia.....	376
4. La configuración constitucional del sistema de control de constitucionalidad en Bolivia.....	380

5. El nuevo modelo de control plural de constitucionalidad en Bolivia. Desarrollo jurisprudencial.....	386
6. El desarrollo evolutivo de la jurisprudencia constitucional en Bolivia. Hitos jurisprudenciales relevantes.....	390
6.1. El nuevo sistema procesal penal.....	390
6.2. Amparo Constitucional contra Sentencias Judiciales con aparente calidad de cosa juzgada.....	394
6.3. La doctrina del Bloque de constitucionalidad y su redimensionamiento en la jurisprudencia constitucional.....	396
6.4. La doctrina de la aplicación del estándar más alto (de protección) de la jurisprudencia constitucional.....	401
6.5. La interpretación de la legalidad ordinaria.....	403
6.6. Los Principios fundamentales de la Constitución Política del Estado.....	406
6.6.1. Principio de soberanía popular (artículo 7).....	407
6.6.2. Principio de separación de funciones (artículo 12).....	408
6.6.3. Principio de igualdad y no discriminación (artículo 14).....	410
6.6.4. Principio de presunción de inocencia (artículo 116.I).....	412
6.6.5. Principio de legalidad (artículo 116.II).....	414
6.6.6. Principio de seguridad jurídica (artículo 178).....	417
6.6.7. Principio de pluralismo jurídico (artículos 178 y 179).....	418
6.6.8. Principio del debido proceso (artículo 180).....	420
6.6.9. Principio del Non bis in idem (artículo 117.II).....	423
6.6.10. Principio de irretroactividad de la Ley (artículo 123).....	427
6.7. Los principios constitucionales como elementos indispensables del Estado Constitucional de Derecho.....	429
6.8. El Control de Convencionalidad.....	431
6.8.1. El ejercicio del Control de Convencionalidad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.....	431
6.8.2. El supuesto “Control de Convencionalidad” en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017.....	434
7. Conclusión.....	438

CAPÍTULO XVI

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: LEITURA CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E NAS OBRIGAÇÕES DE ALIMENTO

TEORÍA DEL CUMPLIMIENTO SUSTANCIAL: LECTURA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN CONTRATOS DE ALINEACIÓN FIDUCIARIA Y LAS OBLIGACIONES DE DE ALIMENTOS

1. Introdução.....	439
2. Adimplemento substancial e seus elementos.....	443

2.1 Análise Jurisprudencial da Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	454
2.1.1 Adimplemento substancial na alienação fiduciária no STJ.....	457
2.2 Adimplemento Substancial: Conteúdo Normativo nas Obrigações Atuais.....	459
2.3 Inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos Alimentos.....	461
3. Conclusão.....	463
4. Referências.....	466

Cuarta Parte

EL CONSTITUCIONALISMO CONVENCIONALIZADO

CAPÍTULO XVII

CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

1. Pórtico inicial.....	475
2. Los compromisos internacionales contraídos por los estados.....	477
3. Obligatoriedad de los mandatos del sistema.....	478
4. Prevalencia convencional.....	479
5. Conflictos y tensiones.....	481
6. Una creación pretoriana.....	482
7. Parámetro de convencionalidad.....	483
8. Incidencia en el derecho procesal.....	484
9. Neoprocesalismo.....	485
10. Nóveles contornos procesales.....	486
11. Ampliación de fronteras.....	488
12. La internacionalización de los derechos procesales.....	489
13. Ineludible vuelta de página ideológica.....	492
14. Resumen de los orientadores procesales específicos.....	493
15. Conclusión.....	494

CAPÍTULO XVIII

ANÁLISIS LEGAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL A LA NO RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS GERENTES EN CASO DE DAÑO AL MEDIO AMBIENTE

1. A modo de aproximación.....	495
2. Acerca de la responsabilidad penal en los delitos contra el medio ambiente.....	496
3. Sobre el delito de responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas.....	496
4. Sobre la teoría de infracción del deber.....	496
5. Derechos transindividuales.....	497

6. Principios legales, constitucionales y penales a tomar en cuenta.....	497
6.1. De sostenibilidad.....	497
6.2. De tutela jurídica.....	498
6.3. De imputación necesaria.....	498
6.4. Motivación de resoluciones judiciales.....	498
6.5. De proscripción de la responsabilidad objetiva.....	498
7. Derechos fundamentales y convencionales a considerar.....	498
7.1. Derechos Fundamentales.....	498
7.1.1. Debido proceso y tutela jurisdiccional.....	498
7.1.2. Presunción de inocencia.....	499
7.1.3. Legalidad.....	499
7.1.4. Especificidad y Textualidad.....	499
7.2. Derechos convencionales.....	499
8. Síntesis de la casación in examine.....	501
9. Análisis de la resolución <i>in comento</i>	507
10. Conclusiones.....	510
11. Sugerencias.....	511
12. Referencias bibliográficas.....	511

CAPÍTULO XIX DEL CONSTITUCIONALISMO AL CONVENCIONALISMO

1. Introducción.....	513
2. Constitucionalismo.....	514
2.1. Del iusnaturalismo al positivismo.....	515
2.2. Primeras declaraciones.....	516
2.3. Principios de constitucionalismo moderno.....	518
2.4. Impacto de las declaraciones.....	518
2.5. Soberanía popular.....	521
2.6. Neoconstitucionalismo.....	521
3. Convencionalismo.....	522
3.1. Derecho convencional.....	524
3.2. Derecho internacional público.....	524
3.3. Derecho sustantivo y procesal convencional.....	525
3.3.1. Derecho procesal convencional.....	526
3.4. Convencionalización del derecho.....	528
3.5. Restricciones constitucionales.....	528
3.6. Control de convencionalidad.....	530
3.7. Teoría dualista-monista.....	531
4. Conclusiones.....	531

CAPÍTULO XX

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REFLEXIONES INTERAMERICANAS

1. Introducción.....	533
2. El concepto de libertad de expresión.....	534
3. La libertad de expresión y su constitucionalización.....	540
4. Parámetros de la libertad de expresión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	547
5. Proporcionalidad y libertad de expresión.....	556
6. Conclusiones.....	563
7. Bibliografía.....	564

CAPÍTULO XXI

LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE IMPEACHMENT Y SUS IMPLICACIONES PROCEDIMENTALES LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Introducción.....	570
2. El proceso de impeachment en el ordenamiento jurídico brasileño.....	570
2.1. La clasificación del proceso de impeachment.....	572
2.2. Naturaleza política.....	572
2.3. Naturaleza jurídica.....	573
2.4. Juicio híbrido.....	574
3. Las principales garantías específicas del debido procedimiento presentes en juzgamientos políticos.....	575
3.1. Artículo 8.1 De la CADH.....	576
3.2. Artículo 8.2 De la CADH.....	577
3.3. Artículo 8.2.B de la CADH.....	578
3.4. Artículo 8.2.C de la CADH.....	579
3.5. Artículo 8.2.F de la CADH.....	579
3.6. Artículo 8.2.H de la CADH.....	581
3.7. Artículo 8.5 Da CADH.....	582
4. La coyuntura latinoamericana en cuanto a la sistematización del derecho procesal constitucional.....	582
5. El proceso constitucional y el proceso de impeachment como acción constitucional.....	586
6. Conclusión.....	587
7. Referencias.....	588

Quinta Parte
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROBATORIO

CAPÍTULO XXII
PROBATORIO CONSTITUCIONAL CEÑIDO A LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA

Origen del Derecho Probatorio Constitucional en Colombia

1. <i>Existencia, validez y eficacia de la pruebas</i>	
<i>Aporte de Hernando Devis Echandía</i>	594
2. <i>Naturaleza constitucional del derecho probatorio</i>	598
3. El derecho, fundamental y humano, a la prueba excede el acto procesal.....	601
4. <i>Orbita sustancial del debido proceso probatorio</i>	602
5. <i>Desarrollos jurisprudenciales y legislativos</i>	602
6. <i>Proyección desde el derecho y la jurisdicción internacional</i> <i>de los derechos humanos</i>	606

CAPÍTULO XXIII
LA DETERMINACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN EL RACIOCINIO PARA EL COMPORTAMIENTO VALORATIVO DE PRUEBAS POR LOS JUECES DE CONOCIMIENTO PENAL

1. <i>Introducción</i>	609
2. <i>La categoría de la constitucionalización -C-</i>	611
3. <i>La constitucionalización del derecho -CD-</i>	614
4. <i>Constitucionalización del derecho en el raciocinio -CDR-</i>	616
5. <i>El comportamiento valorativo de pruebas por el juez de conocimiento penal en la CDR</i>	617
6. <i>Conclusiones</i>	621

CAPÍTULO XXIV
DIFERENCIAS SUSTANCIALES Y PRÁCTICAS ENTRE INADMISIÓN, RECHAZO Y EXCLUSIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y/O EVIDENCIA FÍSICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

1. <i>Resumen</i>	623
2. <i>Concepto e importancia del tema</i>	624
2.1. <i>Que es la prueba</i>	625
2.2. <i>Fuentes constitucionales y legales de la prueba</i>	629
2.3. <i>Exclusión, rechazo e inadmisión de los elementos</i> <i>materiales probatorios y/o evidencia física</i>	631

2.3.1. De la exclusión.....	632
2.3.2. De la inadmisibilidad.....	635
2.3.3. Del rechazo.....	636
3. Bibliografía.....	639

Sexta Parte

LA JURISDICCIÓN ESPACIAL PARA LA PAZ Y SU CONTITUCIONALIZACIÓN

CAPÍTULO XXV

LIMITACIONES A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

1. Introducción.....	645
2. Acción de tutela contra providencias judiciales.....	646
2.1. Requisitos generales de procedencia.....	649
2.2. Requisitos específicos.....	651
2.2.1. <i>Defecto orgánico</i>	652
2.2.2. <i>Defecto procedimental absoluto</i>	652
2.2.3. <i>Defecto fáctico</i>	652
2.2.4. <i>Defecto material o sustantivo</i>	653
2.2.5. <i>Error inducido</i>	654
2.2.6. <i>Decisión sin motivación</i>	654
2.2.7. <i>Desconocimiento del precedente</i>	654
2.2.8. <i>Violación directa de la Constitución</i>	654
3. La acción de tutela contra providencias judiciales en la jurisdicción especial para la paz.....	655
4. Conclusiones y reflexiones finales.....	660

CAPÍTULO XXVI

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

1. Corte Penal Internacional.....	663
1.1. Competencia material de la Corte.....	664
1.2. Competencia temporal de la Corte en Colombia.....	665
1.3. Competencia personal ante la CPI.....	666
1.4. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.....	667
1.5. Penas aplicables por la CPI.....	669
2. Jurisdicción especial para la paz - JEP.....	669
2.1. Competencia material de la JEP. La JEP.....	671
2.2. Competencia temporal de la JEP.....	673
2.3. Competencia personal de la JEP.....	673
2.4. Responsabilidad del mando.....	674
2.5. Penas aplicables.....	674

3. Informe Amicus Curiae.....	675
3.1. Responsabilidad del mando.....	675
3.2. La definición de graves crímenes de guerra.....	676
3.3. La determinación de la “participación activa o determinante” en los crímenes.....	677
3.4. Restricciones efectivas de libertades y derechos.....	677
4. Investigaciones adelantadas por la CPI.....	677
5. Conclusiones.....	678

CAPÍTULO XXVII
CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO
COLOMBIANO: LA REFORMA RURAL INTEGRAL, DESARROLLADA
A TRAVÉS DEL PROGRAMA NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN
DE CULTIVOS ILÍCITOS EN EL DEPARTAMENTO DE NORTE DE
SANTANDER

1. Resumen.....	679
2. Introducción.....	679
3. Características del PNIS.....	681
3.1. Articulación entre el PNIS y los PISDA.....	684
3.2. Componentes del PNIS.....	685
3.2.1. Plan Integral de Sustitución y Desarrollo Alternativo -(PISDA).....	686
3.2.2. Planes de Atención Inmediata (PAI) componente familiar.....	687
3.2.3. Plan Atención Inmediata (PAI) componente comunitario.....	688
4. Proceso de implementación del pnis en norte de santander.....	689
4.1. Fase de Seguimiento y Monitoreo.....	692
4.2 Nivel de Cumplimiento de los Acuerdos Firmados en Tibú y Sardinata.....	694
4.3. Limitaciones Presupuestales Para la Implementación del PNIS en la Región.....	694
5. Conclusiones.....	695
 INDICE DE AUTORES.....	 697

PRIMERA PARTE
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO I

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

*William Felipe HURTADO QUINTERO**

1. INTRODUCCIÓN

El Estado, como estructura social y organización sociopolítica soberana, es uno de los principales objetos de estudio de las denominadas ciencias sociales, jurídicas y políticas. Su construcción fenomenológica ha partido de escenarios teóricos como el contractualismo filosófico¹ y la sociología del poder², y su impacto ha determinado tanto el esquema dogmático del derecho como el desarrollo de los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. Es por eso que tanto su transformación histórica como su alcance en contextos específicos debe relacionarse con elementos jurídicos que permitan comprender su naturaleza y deontología

Este capítulo pretende abordar dos temas que cobran especial relevancia en el debate jurídico global de la actualidad, por un lado, el paradigma del Estado Constitucional -y democrático- de Derecho, y por el otro, el denominado fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Estas categorías de análisis serán desarrolladas a partir de las bases teóricas y meta teóricas del neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

* Universidad del Cauca, Colombia. Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD-, Colombia. Abogado de la Universidad Libre de Colombia con formación de Maestría en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios; Diplomado en Pedagogía Universitaria y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos; Director Regional del capítulo Cauca de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Docente en el área de Derecho Público en la Universidad del Cauca y Director del Grupo de Estudio en Derecho Constitucional y DDHH “Rafael Uribe Uribe”; Docente adscrito a la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD-; Docente de diplomados ofrecidos por el Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIIJUS- de México; conferencista internacional y coautor de diferentes obras jurídicas. felipequintero@unicauca.edu.co - william.hurtado@unad.edu.co.

1. Rousseau, Jean Jacques. El Contrato Social (1a. ed.). Alba. Madrid, España, 1995.

2. Fariñas Dulce, María José. La sociología del Derecho de Max Weber. Editorial Civitas. Madrid, España, 1991.

Los diferentes estadios históricos que han marcado la evolución de los modelos de Estado regularmente han estado acompañados de mutaciones en los ordenamientos jurídicos y los objetivos públicos. Concepciones o paradigmas como las del Estado Legal, Estado Social, Estado Constitucional y Estado Convencional, no han sido el resultado de simples disertaciones académicas, a contrario sensu, su génesis y transformación pende de procesos históricos -principalmente políticos- con incidencia en el plano de las ciencias jurídicas.

En este sentido es válido indagarse de forma general ¿Qué es el Estado Constitucional de Derecho? ¿Cuáles son sus características? ¿Existe relación entre el Estado Constitucional y el Estado Convencional? ¿La circularidad normativa hace parte de la constitucionalización del derecho? Dichos interrogantes permitirán identificar que este paradigma viene acompañado de fenómenos propios como la constitucionalización del derecho, sobre lo cual es menester delimitar su concepto, manifestaciones y elementos definitorios.

Al finalizar, el lector contará con elementos suficientes para reconocer en cualquier contexto cuándo se está bajo un modelo de Estado Constitucional y si en éste se cumplen las reglas objetivas de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Para ese fin, (i) se acudió a un método descriptivo frente al modelo del Estado Constitucional y su fundamentación en las corrientes teóricas del neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, (ii) se desarrolló el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico atendiendo a la estructura gaustiniana y por último, (iii) se generó un diálogo crítico respecto del criterio de convencionalidad en el marco del Estado Constitucional.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: ANTECEDENTES, CONCEPTO Y FUNDAMENTOS GENERALES

Max Weber, uno de los clásicos de la sociología, sentó que la principal característica de un Estado tiene que ver con su capacidad para asignarse el “derecho” de utilizar legítimamente la violencia o ejercer el monopolio de la fuerza y lograr la dominación³, la cual puede ser tradicional, carismática o racional. El sociólogo alemán llegó a esta conclusión través de un método histórico que buscaba contrastar el carácter contra fáctico del contractualismo, y si bien es cierto representó un paradigma, las tendencias neweberianas han replanteado dicha premisa, incorporando al monopolio de la fuerza física o violenta, el empleo de los diferentes medios políticos y jurídicos que propendan por una dominación de tipo racional⁴, entendida ésta como la subordinación voluntaria e incluyente de los miembros de la sociedad a la macroestructura.

3. Weber, Max; *La política como vocación*; Alianza Editorial, trad. Francisco Rubio Llorente. España, 2006.

4. Larrouqué, Damien. ¿Qué se entiende por “Estado neweberiano”? Aportes para el debate teórico e perspectiva latinoamericana. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 70. Caracas, Venezuela, 2018.

La perspectiva neoweberiana se ajusta a la idea de Estado que se ha diseñado desde la teoría jurídica, que básicamente ha propendido por la dominación a través del derecho, siendo éste el medio racional. Dependiendo el modelo de Estado que se proponga, el derecho se verá representado en diferentes fuentes formales, por ejemplo, el paradigma de Estado Legal supone que la principal fuente de derecho es la Ley⁵, cuyo alcance no puede ser delimitado ni siquiera por una ley fundamental o Constitución. Actualmente, los modelos o paradigmas más discutidos son básicamente tres: (i) el Estado Legal de Derecho, (ii) el Estado Social de Derecho y (iii) el Estado Constitucional de Derecho, a los que se debe sumar un cuarto modelo de reciente pero creciente discusión, denominado (iv) Estado Convencional de Derecho, cuyo análisis aun no se desprende por completo del esquema constitucional.

En este escrito, corresponde revisar lo concerniente al modelo del Estado Constitucional, presentando su origen con base en antecedentes históricos, su concepto y fundamentación

2.1. Antecedentes históricos y punto de partida

La consolidación del Estado Constitucional -como paradigma- comienza a cimentarse en la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, existen antecedentes importantes que se deben tener en cuenta para entender su transcendencia. Conforme con Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor, la idea de Estado Constitucional se acompaña de los modelos constitucionales, que podemos reseñar en cuatro momentos históricos de nivel constituyente, a saber:

“a) la progresiva construcción del constitucionalismo liberal-revolucionario durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII; b) la reacción conservadora, desvirtuadora del constitucionalismo, fruto de la renovada coalición entre la clase burguesa y la aristocracia, que surgió con la reacción termidoriana en la Revolución Francesa y se desarrolló durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX; c) recuperación del constitucionalismo democrático (primeras décadas del XX); d) la aparición del constitucionalismo social, después de la Segunda Guerra Mundial, que entiende que no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un pacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y las dominadas”⁶.

5. García Pelayo, Manuel. Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho en el Tribunal Constitucional Español. ILANUD. Costa Rica, 2010.

6. Martínez Dalmau, Rubén; Viciano, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En “El nuevo constitucionalismo en latinoamérica: Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI”. Corte Constitucional. Ecuador, 2010.

El paneo histórico realizado por estos profesores españoles, facilita la observación de dos elementos basilares en la construcción del Estado Constitucional, específicamente, (i) la noción de constitucionalismo liberal como limitación del poder político y (ii) el escenario de la posguerra como punto de inflexión en los propósitos del Estado reflejados en los ordenamientos jurídicos. Frente al primero, es claro que “el fin de la reglamentación del ejercicio del Poder, es precisamente limitarlo para evitar sus abusos, puesto que como señalamos anteriormente, el peligro del abuso del Poder, se da cuando este Poder es ilimitado e incontrolado”⁷, y conforme a lo estudiado, se sabe que dicho “poder” puede sublimarse en el derecho, convirtiéndose éste -en términos marxistas-, en un instrumento protector de la clase dominante y arbitrario en relación con los dominados⁸. En segundo lugar, se extrae que esta es la relación político-jurídica que revive el debate de la relación entre la ética y el derecho después de la segunda guerra, coyuntura en la que el derecho sirvió como plataforma para avalar conductas de lesión contra la propia humanidad, respaldado en un esquema de positivismo rígido. Es por eso que se afirma que el Estado Legal de Derecho comienza a disminuir su protagonismo con posterioridad a la posguerra, siendo soslayado por las voces que referían la necesidad de reestructurar los ordenamientos jurídicos hacia sistemas que den prelación al valor de la justicia por encima de los criterios de validez normativa⁹.

En este contexto surge en Europa la primera reacción teórica que propende por la consolidación de un Estado Constitucional, cuyo sustento vaya más allá de las premisas positivistas: el neoconstitucionalismo¹⁰ y su dimensión tripartita, que lo estructura como una (i) teoría del Estado, (ii) del derecho y de (iii) la filosofía del derecho.

En términos de Ignacio Núñez Leiva:

“En primer lugar, el Neoconstitucionalismo como un tipo de Estado de Derecho (una doctrina del Estado Justo), en segundo como Teoría del Derecho –que propone la superación de la teoría positivista–, tercero como Filosofía y Concepto del Derecho

7. Landívar Mosiño, Eric Cícero. (2011). El límite al poder político como función primordial de la constitución. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (11), 24-53. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100003&lng=es&tlng=es

8. Castillo, Melquiades. *Filosofía del Derecho*, segunda edición. Editora FECAT. Lima, Perú, 1994.

9. Hurtado Quintero, William Felipe. Excepción de inconventionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. En Cucarella, L. A. *Justicia convencional: neoprocesalismo internacional*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., Colombia, 2017.

10. Sobre la denominación, es importante resaltar que el término neoconstitucionalismo fue acuñado por primera vez por Susana Pozzolo en 1997 durante el XVIII Congreso de Filosofía jurídica social que tuvo lugar en Buenos Aires, Argentina, es decir, su nombre es posfáctico.

que aborda la cuestión de la existencia o no de una conexión conceptual entre Derecho y Moral, y en cuarto como un tipo de Ciencia Jurídica”¹¹

Esta corriente inspiró la promulgación de diversas Constituciones en Europa durante la década de los 70, para referencia, la Carta Política de Portugal de 1976 y la de España de 1978.

Durante la década de los 80, los postulados de aquella corriente que se denominaría neoconstitucionalismo, fueron recibidas en el contexto latinoamericano en los cambios constitucionales de Brasil en 1998, Costa Rica en 1989 (reforma), Paraguay en 1992 y Perú en 1993. Sin embargo, en este lado del orbe, se manifestó un fenómeno que fue más allá de un neoconstitucionalismo latinoamericano, y que buscó dotar los procesos constituyentes y el propio Estado Constitucional de elementos de legitimidad originaria o democrática y no simplemente de resultado, por tanto, no se reduce a la dimensión jurídica de la Constitución. A este proceso, se le ha conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano, considerándose la Constitución Política de Colombia de 1991 como su primer texto político, seguido de Constituciones como la de Venezuela de 1999, Ecuador tanto en 2008 y el caso de Bolivia en el 2009¹².

“El nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el procedimiento constituyente adecuado y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución (...) defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía”¹³

11. Núñez Leiva, Ignacio. Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). *Estudios constitucionales*, 10(2), 511-532. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200013>.

12. Uprimny, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Siglo XXI. Buenos Aires, Argentina, 2011.

13. Martínez Dalmau, Rubén; Viciano, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En “El nuevo constitucionalismo en latinoamérica: Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI”. Corte Constitucional. Ecuador, 2010.

A diferencia del neoconstitucionalismo, en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano la teorización fue posterior a su implementación, lo que ha llevado a que en ciertos momentos se le denomine metateoría, o inclusive, simple fenómeno social, y no teoría político-jurídica. A juicio del autor, representa una teoría que incluye una dimensión semántica y pragmática, ajustándose al estándar de Morris sobre la clasificación teórica¹⁴.

Así, resulta claro que en la segunda mitad del siglo XX se desarrollan dos corrientes teóricas que buscan la reestructuración de los ordenamientos jurídicos mediante la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. En el caso del nuevo constitucionalismo latinoamericano, cuya premisa esencial es la legitimidad democrática, la denominación será Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

2.2. Concepto y fundamentación

Atendiendo a una premisa general, según Peter Habërle, “el Estado constitucional se contrapone a cualquier tipo de Estado totalitario del color que sea, a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información o ideología totalitaria”¹⁵. Como resultado del proceso histórico referido en líneas anteriores, su fundamento reposa en la dignidad humana, retomada en términos kantianos¹⁶ como la sumatoria de valores fundamentales. En ese orden de ideas, el principio de la dignidad humana, mandato de optimización por excelencia, se convierte en el límite del poder político y del derecho.

En su connotación jurídica, se entiende que es un modelo de Estado en el cual la principal fuente de derecho es la Constitución, documento político que irradia todo el ordenamiento y tiene una función (i) legitimadora, (ii) ideológica, (iii) organizativa, (iv) jurídica y (v) política. Así, la Constitución política es promulgada directamente por el pueblo -de ahí su carácter de legitimidad-, organiza institucionalmente al Estado, precisa la ideología que define la carga dogmática de su contenido, tiene fuerza vinculante y sobre todo, limita el poder político.

Adicional a los tradicionales elementos del Estado -territorio, población, orden jurídico y orden político-, en el Estado Constitucional de Derecho cobra relevancia el elemento de cultura -en todas sus dimensiones-, considerando que es un modelo que se fundamenta en el

14. Morris, Charles. *Foundations of the Theory of Signs*, first edition. University of Chicago Press. E.E.U.U., 1938.

15. Habërle, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*, primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-. México D.F., México, 2006.

16. Escobar Valenzuela, Gustavo. *Ética Introducción a su problemática y su historia*. Editorial Mac Graw Hill. México, 2004.

pluralismo. De hecho, será este elemento el configurador del alcance de la dignidad humana. Retomando un poco los planteamientos expresados por Lasalle sobre qué es una Constitución, su ideal es el reconocimiento constitucional de los diferentes intereses existentes en la sociedad¹⁷, es decir, romper con la dicotomía de la Constitución real vs. La Constitución de papel, para recoger los elementos de realidad en el instrumento constitucional.

“se escriben esos poderes reales en una hoja de papel, se les da una expresión escrita, y cuando han sido escritos, ya no son solamente poderes en la realidad sino que ahora ya se han convertido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos es castigado”¹⁸

La fuerza vinculante de la Constitución reconoce su carácter normativo y por tal razón, en su parte dogmática no sólo incluye contenidos declarativos, sino que cobija una serie de mecanismos adjetivos que posibilitan la exigibilidad y garantía de los derechos o elementos sustantivos. De ahí que se hable de un Derecho Constitucional y un Derecho Procesal Constitucional¹⁹. En este sentido, la supremacía constitucional se constituye como principio rector del Estado.

La Constitución en este modelo representa a la sociedad y por ende, no es estática. Su esencia móvil la ubica dentro la teoría del “constitucionalismo del árbol vivo” propuesta por Wilfrid Waluchow²⁰, inspirada en el famoso Caso Edwards o Personas de 1929 en Canadá, en el cual se debatió si las mujeres contaban como “personas” en el nombramiento de cargos públicos; la ley determinaba que era una condición exclusiva de los hombres, pero el operador judicial determinó que no estaba obligado a la exegesis y optó por tomar una interpretación amplia y liberal, afirmando que “la Constitución de Canadá es un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales”. Esta idea es retomada por el profesor Waluchow, quien bajo la tesis de la Constitución como árbol vivo, defiende la idea de que ésta debe ser coherente con las realidades sociales y está llamada a su actualización constante, propósito en el cual los jueces tienen un rol fundamental mediante el ejercicio de control de constitucional²¹.

17. Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Editorial Ariel. Madrid, España, 2004.

18. Lasalle, Ferdinand, citado por Abellán, Joaquín. *El concepto sociológico de Constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle*. Junta General del Principado de Asturias. Oviedo, España, 2010.

19. Gozaini, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 2006.

20. Waluchow, Wilfrid J. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge: Cambridge University Press. E.E.U.U., 2007.

21. Aplica para modelo concentrado y difuso, aunque el autor lo recreó en un contexto anglosajón donde prevalece el control difuso o concreto de la Constitución.

Así, la teoría del árbol vivo se convierte en una defensa democrática de la Constitución y en un aspecto insoslayable en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

“Waluchow utiliza la concepción del árbol vivo para defender al constitucionalismo frente a numerosos críticos, en especial, aquellos que sostienen que las ideas mismas de constitución y control de constitucionalidad representan ideales antidemocráticos”²²

El control de constitucionalidad en este modelo de Estado es fuerte, pues materializa el derecho de cada generación a vivir conforme a sus pautas, garantizando la movilidad constitucional y afianzando el principio democrático desde la noción de protección de las minorías o poblaciones discriminadas o excluidas.

El comportamiento político-jurídico del Estado Constitucional depende en gran medida de la fundamentación teórica que le haya inspirado. En este escrito, únicamente se analizará desde las ya referidas orillas del nuevo constitucionalismo latinoamericano y el neoconstitucionalismo.

En lo que respecta al nuevo constitucionalismo latinoamericano, como se destacó en líneas anteriores, más que el criterio de validez de la norma jurídica -incluida la Constitución-, se busca afianzar la legitimidad democrática, por tanto, la principal función de la Constitución será la legitimadora y el Estado se denominará Constitucional y Democrático de Derecho. La legitimidad en este espectro es de origen y no sólo de resultado. Es por eso que ha explorado caminos democráticos como la elección popular de magistrados de Tribunal Constitucional para dotar de legitimidad las decisiones constitucionales²³.

“(…) el fundamento democrático de las nuevas Constituciones, que se cimientan en exigencias populares, provienen de procesos constituyentes amplios y participativos, y se inician por rupturas democráticas, la mayor parte de las veces referéndums constituyentes que no necesariamente estaban previstos por el ordenamiento jurídico anterior”²⁴

22. Fabra Zamora, Jorge Luis. Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”. Recuperado de: https://www.academia.edu/14864203/Wilfrid_J._Waluchow_Positivismo_jur%C3%ADdico_incluyente_y_constitucionalismo_del_arbol_vivo.

23. Millán Terán, Óscar Antonio. El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. *Revista Ciencia y Cultura*, 19(35), 107-132. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232015000200006&lng=es&tlng=es.

24. Martínez Dalmau, Rubén. ¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?. *Cultura Latinoamericana*. 28 (2). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.14718/CulturaLatinoam.2018.28.2.7>.

La idea de un poder constituyente amplio implica que bajo esta teoría, la Constitución no sólo sea invasiva sino plural, incluyendo elementos propios del pluralismo jurídico y la noción de Estado como estructura plurinacional²⁵. Es natural observar en este contexto ejemplos de ascensión a estatus constitucional de aspectos que normalmente serían regulados por la vía legal o consuetudinaria, siendo uno de los ejemplos más relevantes el principio del buen vivir o Sumak kawsay en la Constitución de Ecuador de 2008 y Suma Qamaña en la de Bolivia de 2009.

Las decisiones judiciales desde la perspectiva constitucional no se reducen a un ejercicio hermenéutico integrador, pues su sistematicidad reconoce que tiene tanto una función jurídica como política y sus fallos se consideran emancipatorios. Un ejemplo de esto, es el reconocimiento de derechos bioculturales que convierten a antes de la naturaleza en sujetos de derecho²⁶. Estas decisiones pueden emanar del juez constitucional con funciones concentradas y de revisión como pasó en el caso del río Atrato en Colombia, afluente a la que la Corte Constitucional le reconoció derecho a la vida en sentencia T-622 de 2014, pero también pueden ser proferidas por jueces de inferior competencia funcional inferior en el ejercicio del control concreto, como aconteció con el río Vilcambamba en Ecuador tras el fallo de la Corte Provincial de Loja mediante Acción de Protección 11121-2011-0010, cuyo decisum indicó que “la entidad demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”²⁷.

Por último, dentro de los elementos a destacar del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se debe destacar que el poder de reforma constitucional del legislativo es sumamente restringido -y avanza hacia la desaparición de un poder constituyente constituido-, pues los rasgos esenciales de la Constitución solamente pueden ser sustituidos por el constituyente primario a través de mecanismos de democracia participativa y directa²⁸.

25. Wolckmer, Carlos. Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: Pluralidad y descolonización. En *Derechos y Libertades*, n° 37. 2017.

26. Hurtado Quintero, William Felipe. Derechos bioculturales: nueva concepción de los Derechos del ambiente en Colombia. Recuperado de: <https://www.diariojuridico.com/derechos-bioculturales-nueva-concepcion-de-los-derechos-del-ambiente-en-colombia/>.

27. Corte Provincial de Loja. Sentencia de Acción de Protección 11121-2011-0010. Ecuador.

28. Martínez Dalmau, Rubén. La reforma de la Constitución democrática. Ponencia en IV Congreso sobre Teoría y Práctica del Poder Constituyente. Universidad de Valencia. Valencia, España. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=GCEIUI-H-t0>.

En cuanto al neoconstitucionalismo como concepto y teoría busca la consolidación del Estado Constitucional de Derecho como oposición al sistema clásico de legalidad. En palabras del maestro Alfonso García, es “(...) la teoría o conjunto de teorías que han forjado una base iusteórica conceptual o normativa del proceso mismo de la constitucionalización del derecho en términos habitualmente no positivistas”²⁹. Es por ello que, la aplicación del modelo neoconstitucional en lo tradicional ha estado ligada a los estándares creados para la identificación del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que serán estudiados en un subtítulo siguiente. En pocas palabras, para el neoconstitucionalismo hay Estado Constitucional si la norma de normas impera en el orden jurídico, indistintamente de su legitimidad democrática, ya que su propósito es conquistar una legitimidad de resultado sobre la eficacia de las disposiciones constitucionales³⁰.

Ahora, para comprender un poco más el tema en estudio, es procedente revisar con detalle el denominado fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, para lo cual se abre un acápite especial.

3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LATO SENSU Y STRICTO SENSU

Con el surgimiento de los Estados Constitucionales se comenzó a desarrollar el denominado fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es un tema constantemente abordado en las cátedras de derecho en general, pero muchas veces carente de precisión. Para romper con las barreras epistemológicas y organizar la categoría de análisis, se propone analizarlo en dos sentidos, uno amplio y otro estricto.

3.1. Constitucionalización del derecho en Lato Sensu:

En sentido amplio, “la constitucionalización se produce cuando la Carta consagra, en forma expresa, alguna institución legal o administrativa”³¹. Es decir, en este enfoque, las ramas del derecho se constitucionalizan cuando sus contenidos son desarrollado, al menos prima facie, en el texto constitucional y se les atribuye el principio de supremacía.

29. García Figueroa, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 164.

30. Hernandez Castaño, Diana Patricia. Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad. Universidad Externado. Bogotá D.C., Colombia, 2014.

31. Tamayo Jaramillo, Javier. Por una definición exacta de la constitucionalización del Derecho. Artículo de opinión *Ámbito Jurídico* del 12 de mayo de 2017. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/por-una-definicion-exacta-de-la>.

La función de la codificación legal se desdibuja cuando el fenómeno de constitucionalización en sentido amplio se hace frecuente, pues conforme a la función jurídica de la Constitución, dichas premisas implican reglas y pueden ser aplicadas directamente, de modo que los conflictos comienzan a ser resueltos con mayor frecuencia desde la justicia constitucional “que observa estrictamente los postulados de la Constitución Política”³² y no desde la escena legal o administrativa.

Este margen tan holgado y genérico supone dificultades prácticas, se constituye sobre todo en un esfuerzo conceptual sin mucho alcance práctico para la resolución de conflictos, de hecho, casi desconoce lo relacionado con la restricción de principios constitucionales³³, que al ser desarrollados legalmente de forma mucho más específica implícitamente acarrea una limitación de la pauta general. El reto está en diferenciar entre contradicción y restricción.

3.2. Constitucionalización del derecho en Stricto Sensu:

En el texto “la función creadora de los jueces neoconstitucionalistas en la justicia transicional colombiana”³⁴, el autor del presente capítulo junto con el profesor Jainer Enrique García, desarrollaron las características de la constitucionalización del ordenamiento jurídico en sentido amplio desde el enfoque del Estado Constitucional de base neoconstitucionalista. Para ello se utilizó la línea analítica de Ricardo Guastini sobre la materia definida en su trabajo “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”³⁵, en cual establece los siguientes elementos definitorios: (i) Constitución rígida, (ii) garantía jurisdiccional de la Constitución, (iii) aplicación directa, (iv) fuerza vinculante, (v) interpretación conforme a la Constitución, (vi) sobreinterpretación de la Constitución e (vii) incidencia en el debate político.

Se procede a retomar algunos elementos del referido texto y revisar cada una de las características:

32. Torres Manrique, Jorge Isaac. Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos? Artículo de opinión en El Terno. Perú. Recuperado de: <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>.

33. Alexy, Robert. La doble naturaleza del Derecho. Editorial Trotta. Madrid, España, 2016.

34. García Gómez, Jainer Enrique, Hurtado Quintero, William Felipe. La función creadora de derecho de los jueces Neoconstitucionalistas en la justicia transicional Colombiana. En E. A. Velandia Canosa, Derecho Procesal Constitucional. Litigio ante la jurisdicción Constitucional. Universidad La Gran Colombia. Bogotá D.C., Colombia, 2019.

35. Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta. España, 2003.

3.2.1. Rigidez y supremacía constitucional

Es uno de los elementos que el neoconstitucionalismo conserva de los modelos positivistas, dado que su enfoque se dirige a la existencia de un clausulado constitucional básico escrito, que goce de prevalencia en el ordenamiento jurídico interno y tenga mecanismos de reforma y modificación diferentes a los aplicados a las normas de rango legal.

“Guastini presenta la noción de rigidez constitucional en primer lugar como el condicionado a la existencia de una Constitución escrita, “positivizada” en un texto propio que ocupa el peldaño más alto del ordenamiento jurídico [...] De esta forma, la superioridad de la Constitución supone al menos la previsión de quórum calificado o un rito propio para la alteración de las normas constitucionales [...], ya que en caso de que fuera posible alterar la Constitución de la misma forma que se produce una ley, esa vinculación sería meramente teórica: no efectiva”³⁶.

3.2.2. Garantía judicial de la supremacía constitucional

Se refiere a la existencia de una garantía externa, autónoma e imparcial de la integridad de la Constitución. Al ser una garantía de carácter judicial, su denominación remite inexorable a la existencia de un tribunal constitucional y los controles de constitucionalidad que hagan efectiva la adecuación del ordenamiento jurídico a las disposiciones del texto constitucional:

“La garantía jurisdiccional de la Constitución constituye otra consecuencia lógica de su jerarquía superior. De la interpretación del profesor Guastini, se puede afirmar que el proyecto neoconstitucionalista tiene la pretensión de vincular los demás poderes a los mandamientos constitucionales, pues de nada serviría la previsión de contenidos materiales o formales si no hubiera ninguna instancia propia de apreciación de lo que es conforme o contrario a la Constitución”³⁷.

Y todo porque:

“El principio de supremacía de la Constitución, además de asumir a la Constitución como norma jurídica y como la norma que señala la manera de producir las demás

36. Hoyos, Luis Miguel. *Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel*. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

37. *Ibidem*.

normas, implica adicionalmente la constitucionalización del resto del derecho, la que opera, tanto en el plano interpretativo, como en el aplicativo”³⁸.

En este punto se debe hacer una precisión relacionada con la evolución del Estado Constitucional frente a las garantías de la Carta Política y tiene que ver con el control difuso de constitucionalidad. En la actualidad, la garantía de la Constitución en muchos ordenamientos no es función exclusiva del Tribunal Constitucional, pues existen sistemas duales y paralelos³⁹ de control judicial, y otros que adoptan el esquema difuso ampliado, cuya característica central se refiere a que la titularidad del control concreto de constitucionalidad también es aplicable a autoridades administrativas y particulares que apliquen derecho⁴⁰.

3.2.3. Fuerza vinculante

En lo tradicional, las constituciones han sido entendidas como documentos mero políticos que evaden su carácter normativo, y por tanto, no generan un vínculo coercitivo frente al ordenamiento legal y diversos supuestos de hecho aplicables los preceptos constitucionales.

“[...] uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización fue precisamente la difusión en el medio de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos, elemento afinadamente adaptable al neoconstitucionalismo ideológico”⁴¹.

Guastini, quien propone los elementos, dice sobre el particular que este ítem admite dos concepciones diferentes:

“La primera [...] refiere la posibilidad de repeler leyes que contraríen de forma no aceptable a las normas constitucionales, sean estas formales o materiales; el segundo más específico, consiste en la consideración de todos los dispositivos de la Constitución como verdaderas normas jurídicas y por lo tanto, aptas para producir efectos jurídicos. Este último sentido tiene por objetivo romper con el carácter

38. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El control de constitucionalidad. Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2014. Pág. 40.

39. García Belaunde, D. La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. Buenos Aires, Argentina, 1998.

40. Cortés-Escárraga, J.C., Ríos-Quintero, J.V. Eficacia de la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control constitucional. 2017.

41. Hoyos, Luis Miguel. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

meramente político, que con frecuencia se solía atribuir a las normas materiales de la Constitución, principalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales”⁴².

3.2.4. Sobreinterpretación de la Constitución

Es un elemento que hace alusión a que ante cualquier vacío normativo que lleve al operador jurisdiccional al plano de la duda, éste no deberá acudir a la discrecionalidad con aparente fundamento en los criterios auxiliares de la justicia, sino directo a premisas constitucionales que den solución al problema. Esto sin lugar a duda proyecta el carácter invasivo de la Constitución en las diferentes ramas del derecho.

“Para estos casos, según el positivismo clásico el juez debería utilizar la discrecionalidad para solucionar la cuestión en los ordenamientos constitucionales que prevén valores, aunque a veces contradictorios y normas genéricas abiertas, pero en ningún caso podía escapar a la previsión de un regla, sino que estaría sometido a la simple discrecionalidad. Por el contrario, es deber del juez en estos casos buscar una solución de acuerdo con una norma constitucional o mejor, que no sea contraria a ninguno de los valores constitucionales”⁴³.

Existe una total negación de la discrecionalidad por parte del neoconstitucionalismo. La premisa prevalente siempre es la razonabilidad o ponderación con criterios que remitan el pensamiento al texto constitucional: “La preocupación neoconstitucionalista es no dejar ningún caso sujeto a la regulación por la total discrecionalidad. Esa posibilidad se da gracias a la estructura normativa de principios y valores presentes en los ordenamientos”⁴⁴. Con esto no se exige la existencia de disposiciones constitucionales que regulen con especificidad un tema, pero sí la estructuración de una fuente principialística que de forma holística adecúe el comportamiento del aparato jurisdiccional.

3.2.5. Aplicación directa de las normas constitucionales

Es un desarrollo de la fuerza vinculante que debe tener la Constitución y se diferencia en que si en ese punto se habló de instrumentos que pudiesen hacer efectiva la aplicación

42. Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En: Hoyos, Luis Miguel. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

43. Hoyos, Luis Miguel. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

44. *Ibidem*.

de las directrices constitucionales, en este campo, se reflejará respecto de la posibilidad que tenga la norma constitucional de ser aplicada directa, bien sea ante un vacío –como en el caso de la sobreinterpretación-, cuando se necesite ampliar una disposición normativa inferior o inclusive, cuando se requiera dejar de aplicar una norma vigente por vulnerar los postulados constitucionales en un caso determinado:

“De esta forma, la aplicabilidad directa consiste en un argumento ideológico del neoconstitucionalismo que propone un cambio de postura de los jueces, debiéndose aplicar directamente las normas constitucionales, sacando de ellas todos los efectos jurídicos posibles. Ante esa nueva postura, muchos de los derechos previstos en una Constitución adquieren una nueva dimensión, tal como lo afirma el profesor Vieira de Andrade, cuando manifiesta que ‘ya no es posible sostener que los derechos fundamentales solamente tengan aplicación en razón de la ley, sino que poseen validez en sí mismos, pues sólo la ley les facilita la aplicación, pero no su extensión’⁴⁵”⁴⁶.

3.2.6. Interpretación de normas conforme a la Constitución

Este elemento permite que el ejercicio del control de constitucionalidad trascienda de la declaración de exequibilidad o inexecuibilidad, sino que permite que el tribunal constitucional condicione la interpretación de determinada norma, siendo esa la interpretación válida a los ojos de la Constitución:

“[...] En primer lugar, es un punto de extrema importancia para la teoría neoconstitucionalista la defensa de una interpretación conforme a la Constitución, algo un poco más sofisticado que el simple control de constitucionalidad. Por interpretación conforme a la Constitución se entiende la posibilidad de que el tribunal constitucional atribuya una interpretación obligatoria a determinada ley, de modo que se evite considerarla inconstitucional [...]”⁴⁷.

Bajo este punto de vista, el que el legislativo a la hora de crear la norma no le haya atribuido un enfoque que respete la Constitución, el tribunal encargado de salvaguardarla podrá condicionar su interpretación a una acepción que siga los derroteros del texto constitucional.

45. Andrade, Vieira. En Hoyos, Luis Miguel. *Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel*. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

46. Hoyos, Luis Miguel. *Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel*. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

47. *Ibidem*. Pág. 26.

3.2.7. Incidencia de la Constitución en el debate político

Es uno de los elementos más polémicos del neoconstitucionalismo, pues su objetivo va más allá del fijado en el constitucionalismo clásico, el cual era limitar el poder del gobernante. En este caso, la influencia de la Constitución en el debate político se refiere en cierta manera a la necesidad de limitación que también merece el poder decisorio de las mayorías representado en el órgano legislativo, cuya dinámica obedece a las facciones. Es por eso que, este modelo teórico ha sido tildado de antidemocrático e ilegítimo, sobre todo entre aquellos que no tienen en cuenta, el tipo de legitimidad que envuelve a esta corriente es la legitimidad de resultado. Los neoconstitucionalistas tienen la visión del principio democrático de las mayorías, sin restricciones puede reproducir vulneración de Derechos Humanos a los sectores minoritarios:

“[...] Un concepto más correcto de democracia para el neoconstitucionalismo ideológico demanda exactamente una protección en contra del poder de decisión de las mayorías [...] Esta concepción diferenciada es una de las características que distingue al Estado constitucional del Estado democrático simple [...]”⁴⁸.

Menciona Bayón: “es perfectamente legítimo en una sociedad el establecer límites al poder de las mayorías, lo que puede ser logrado a través de la Constitución”⁴⁹, como respuesta a la dinámica de facciones propia del ejercicio legislativo. Esto lleva en el marco del Estado Constitucional fundamentado en los postulados del neoconstitucionalismo, el protagonismo, no sólo jurídico sino político, migrando de la función legislativa a la jurisdiccional, en especial en los tribunales constitucionales, quienes se constituyen en un poder contra mayoritario de fines garantistas para reevaluar las bases orgánicas del sistema.

4. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL, ¿HACIA UN ESTADO CONVENCIONAL O UNA CIRCULARIDAD NORMATIVA?

Los Derechos Humanos hacen parte de la identidad del Estado Constitucional de Derecho. Ambos comparten un origen relacionado con los sucesos de la segunda guerra mundial y se desarrollaron en el período de la posguerra, de ahí que su columna vertebral sea el respeto por el principio de la Dignidad Humana. Independientemente de la posición teórica que sostenga las bases de determinado Estado Constitucional, la integración y respeto de los Derechos Humanos es un contenido ineludible, bien sea como mandato nominado o innominado.

48. Hoyos, Luis Miguel. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

49. Bayón, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. En Hoyos Rojas, Luis Miguel. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Editorial Temis. Bogotá D.C., 2015.

En el neoconstitucionalismo los Derechos Humanos marcan pautas deontológicas del Estado Constitucional y, por ende, el triunfo del modelo estatal se condiciona frente a la eficacia de éstos. No basta la declaración, se requiere su protección y garantía. Para esto, retoma algunos postulados del derecho natural y acude a la figura de los derechos innominados y la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por eso que bajo esta óptica, el Tribunal Constitucional no se limita a interpretar derechos previamente declarados, sino que puede descubrirlos o crearlos⁵⁰, sin que ello se interprete como una invasión o desplazamiento de las funciones legislativas. Para el neoconstitucionalismo, existen cláusulas supraconstitucionales.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, por su parte, afianza la tesis de los Derechos Humanos, pero desde el tratamiento democrático, reivindicando la idea de soberanía popular y autodeterminación de los pueblos con escala estatal⁵¹. Lo anterior exige la negación de normas supraconstitucionales y rescatar la idea de bloque de constitucionalidad. Promueve una idea de construcción de Derechos Humanos más concreta y alejada del carácter exógeno de las organizaciones de Estados, resaltando las realidades y los sujetos que las afrontan, situación que dio origen a la noción de Derechos Humanos Emergentes⁵².

La vigencia de estas teorías en los diferentes ordenamientos constitucionales del mundo, han dotado de relevancia coyuntural los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, bien sea del sistema universal de la Organización de Naciones Unidas -ONU- o de los diferentes sistemas regionales, al punto que se debate si se afronta un punto de quiebre del Estado Constitucional para dar paso a un Estado Convencional de Derecho. Otros simplemente sostienen que la protección internacional de Derechos Humanos hace parte del Estado Constitucional, e inclusive, integra las pautas de constitucionalización del derecho.

50. Roblewski, Jerzy. Creación del Derecho e interpretación. En: Eugenio Bulygin, Martín D. Farrell, Carlos S. Nino, Eduardo A. Rabossi (compiladores). *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1983.

51. Benavides Ordoñez, Jorge. Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani, Revista de Derecho*, volumen 5. España, 2016.

52. Bondía García, David. *Derechos Humanos Emergentes: Los derechos humanos fundamentales del ciudadano. El inicio del proceso de interacción de los Derechos Humanos. Historia de los Derechos Fundamentales, siglo XX*, Dykinson, 2013.

4.1. El Estado Convencional de Derecho

El Estado Convencional de Derecho es aquel donde la principal fuente jurídica son los instrumentos -sea declaraciones, tratados, convenios, etc.- de Derechos Humanos⁵³, hayan sido o no ratificados por el Estado en ejercicio de su soberanía. La Constitución, como texto o como bloque, debe integrar los contenidos de dichas normas. A diferencia del Estado Constitucional, existen disposiciones supraconstitucionales que condicionan la norma normarum.

El control de convencionalidad se convierte en la principal herramienta de protección y se puede unificar con el control de constitucionalidad, “dicho control de convencionalidad se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto”⁵⁴, por tanto la justicia es multinivel -local e internacional- y el ordenamiento jurídico se basa en la idea de un monismo rígido y fuerte, siendo el derecho transnacional una extensión del nacional. En este contexto, el bloque de convencionalidad prevalece sobre el bloque de constitucionalidad y las interpretaciones legales o judiciales de orden interno tienen que armonizarse con el sistema internacional. Esta premisa es criticada por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el entendido de que, si bien es cierto, los instrumentos son ratificados por el Estado, las instituciones encargadas de su control no se pueden anteponer al constituyente primario a la hora de proferir órdenes de ajuste constitucional. Eso implica desconocer la función legitimadora de la Constitución.

Dicha crítica es planteada por Martínez Dalmau en entrevista para el abogado Juan Manuel Sosa en Perú cuando afirmó:

“Por lo tanto, lo que ha hecho el nuevo constitucionalismo es enriquecer las tesis del neoconstitucionalismo, y le dice que la Constitución no es solo la norma fundamental, sino es la voluntad del poder constituyente; y, por lo tanto, una Constitución que no sea la voluntad del poder constituyente no es una Constitución del nuevo constitucionalismo”⁵⁵

53. Gil Domínguez, Andrés. Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad. La ley, tomo 2017-B. Buenos Aires, Argentina, 2017.

54. Sagüés, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Opus Magna Constitucional Guatemalteco, IV. Guatemala, 2011.

55. Sosa Sacio, Juan Manuel. ¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano? (Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. Gaceta Constitucional, tomo 52, Gaceta Jurídica. Lima, Perú, 2012.

El derecho apunta hacia su internacionalización a través de un proceso de convencionalización de ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sin embargo, se considera prematuro hablar de Estados Convencionales de Derecho. Contrario a ello, se considera que hay una ampliación del proceso de constitucionalización del derecho propuesto por Guastini, al cual cabe incluirle un octavo elemento de circularidad normativa que deje claro la función de los sistemas de Derechos Humanos respecto del Estado Constitucional.

4.2. Circularidad normativa: constitucionalización de los Derechos Humanos

El obstáculo más representativo de los Derechos Humanos tiene que ver con su eficacia, pues es claro que su origen marca un propósito universal, pero su materialidad depende en gran medida de la fuerza normativa que le puedan dar los Estados a través de dos vías: (i) su incorporación en las cartas constitucionales o (ii) la ratificación de instrumentos internacionales que los declaren y contengan medios de protección y promoción. El primer punto tiene que ver con una constitucionalización de los Derechos Humanos en sentido amplio, pues se relaciona con el contenido de la Constitución. En el segundo caso, refiere un sentido estricto, que se incorpora vía cláusulas de recepción y formación de un bloque de constitucionalidad.

La circularidad o integración normativa tiene que ver con el segundo planteamiento, la ratificación de instrumentos internacionales y el rodamiento de un monismo moderado, bajo el principio de complementariedad. Así, dentro de los ítems propuestos por Guastini, y teniendo en cuenta el continuo desarrollo del Estado Constitucional, puede incorporarse un octavo elemento, bajo la fundamentación de Celestino Del Arenal, quien habla de la integración de sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno en un orden prevalente sobre la normatividad ordinaria.

“La progresiva consideración de los seres humanos como actores y sujetos jurídico-internacionales de la sociedad internacional; supone romper con la lógica westfaliana que establecía el carácter soberano del Estado y la exclusividad de sus competencias sobre su población; así mismo, supone la superación del carácter exclusivamente estatocéntrico y marcadamente deshumanizado que tradicionalmente ha tenido la sociedad internacional”⁵⁶

56. Del Arenal, Celestino. En Acosta Alvarado, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Editorial Universidad Externado. Bogotá D.C., 2015.

Se refiere al diálogo jurídico que sostienen las normas de alcance nacional en relación con las normas de plano internacional. Como ya se ha mencionado, el Estado Constitucional propende por una protección efectiva de los Derechos Humanos y por medio del bloque de constitucionalidad se hace parte de sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos, convirtiendo las cartas internacionales sobre la materia, en norma de alcance constitucional a la luz del ordenamiento jurídico interno.

“En la historia reciente de los Estados constitucionales se ha presentado una intersección entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en el que se dan cooperaciones, conflictos y tensiones. La interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –IIDH- y el Derecho Constitucional, es el escenario en el que aparece el control de convencionalidad y tiene especial importancia debido a que la protección de los derechos fundamentales y humanos es uno de los propósitos esenciales del Estado constitucional y a su vez la fuente que originó el IIDH”⁵⁷

Esta fase de los Estados constitucionales se le conoce como la internacionalización del Derecho Constitucional, o como se refirió en líneas precedentes, la constitucionalización de los Derechos Humanos, pues consiste en reconocer como parte integral del ordenamiento constitucional interno, disposiciones de carácter internacional que versan sobre Derechos Humanos y que fueron ratificadas por el aparato estatal en pleno uso de su soberanía.

Bajo el manto del Estado de Derecho, en este sentido operaba un dualismo jurídico⁵⁸, es decir, no había una integración jurídica entre los regímenes de derecho internacional y el derecho interno, por lo que se consideraba que regulaban aspectos distintos. Sin embargo, con la adaptación de las tesis neoconstitucionalistas a través de los Estados Constitucionales de derecho, este sistema mutó hacia el monismo jurídico⁵⁹ -aunque moderado-, que defiende la postura de que tanto el derecho interno como el internacional contienen una unidad jurídica que les permite tener un diálogo normativo y judicial.

57. Suárez Osma, Ingrid. Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano. Editorial Ibañez. Bogotá D.C., 2015.

58. “El derecho internacional y el derecho interno regulan relaciones diversas, en razón de que el primero rige las relaciones que tienen lugar entre Estados, y el segundo las relaciones entre el Estado y sus súbditos o las relaciones entre éstos [...] tienen origen distinto. El origen del derecho interno deriva de la voluntad del Estado como tal, y el del derecho internacional de la voluntad común de los Estados”. Acevedo, Domingo. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Revista IIDH, volumen 16, en Biblioteca virtual Universidad Nacional Autónoma de México. En <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>.

59. “Los autores que defienden la doctrina monista sostienen que existe una unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos”. Acevedo, Domingo. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Revista IIDH, volumen 16, en Biblioteca virtual Universidad Nacional Autónoma de México. En <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>.

Estas reflexiones permiten desvirtuar la idea de un Estado Convencional consolidado y reafirma la noción de Estado Constitucional, el cual ha evolucionado conforme a las necesidades materiales, dinamizando el fenómeno de constitucionalización hacia una esfera que involucra la circularidad entre los ordenamientos jurídicos locales e internacionales.

5. CONCLUSIÓN

El trabajo se desarrolló siguiendo el eje conductor de las preguntas estructurantes, las cuales, por conveniencia metodológica, se retomarán en este punto.

Sobre la cuestión ¿Qué es el Estado Constitucional de Derecho y cuáles son sus características?, se tiene que es uno de los modelos estatales que surgieron con posterioridad a la segunda guerra mundial, cuyos derroteros son el respeto por la Dignidad Humana y la Supremacía Constitucional. Cuenta con una Carta política con funciones definidas, entre ellas, la (i) legitimadora, (ii) ideológica, (iii) organizativa, (iv) jurídica y (v) política. La Constitución se constituye en un documento sociológico que reúne los intereses de la sociedad, que además de cumplir con sus desarrollos dogmáticos y orgánicos, establece mecanismos para la defensa de la Constitución, entre ellos el control de constitucionalidad. En el marco del Estado Constitucional surge el denominado Derecho Procesal Constitucional.

En el nuevo constitucionalismo latinoamericano su naturaleza es democrática y se fundamenta en los criterios de legitimidad originaria. En cuanto al esquema neoconstitucional, lo relaciona con el fenómeno de la constitucionalización del derecho, que se caracteriza por contar con elementos definitorios, (i) Constitución rígida, (ii) garantía jurisdiccional de la Constitución, (iii) aplicación directa, (iv) fuerza vinculante, (v) interpretación conforme a la Constitución, (vi) sobreinterpretación de la Constitución e (vii) incidencia en el debate político.

En lo concerniente al interrogante ¿Existe relación entre el Estado Constitucional y el Estado Convencional?, se dejó claro que son paradigmas independientes en actual confrontación con diferentes características entre sí. Sin embargo, se concluyó que el Estado Convencional es más una aspiración respecto de la eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que en la realidad se puede cuestionar su existencia. En su lugar, se puede hablar de un fenómeno de convencionalización in crescendo, principalmente a partir de figuras como el control de convencionalidad, que afianza la idea de que la circularidad e integración normativa hace parte del Estado Constitucional y se configura como un elemento adicional del fenómeno de constitucionalización, en este caso, de los Derechos Humanos.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LAS PERSONAS NO HUMANAS EN LA JUSTICIA CONTEMPORÁNEA. DERECHO CONSTITUCIONALIZADO

*Dudley DUQUE SIERRA**

1. INTRODUCCIÓN

Desde la misma concepción de *derecho* se ha aseverado que la persona humana, por su naturaleza, es la legitimada para ser objeto de derechos y obligaciones, en el entendido que la dignidad se predica de aquel ser que es racional; ese sólo hecho le ha dado ínfulas para imponer su existencia ante todo lo que le rodea, incluyendo la propia naturaleza donde se desenvuelve. El reconocimiento y asignación de derechos en su génesis siempre ha sido considerada para proteger, conservar y dirigir al hombre, se han establecido de manera progresiva derechos, que por su propia trascendencia, se le han denominado de fundamentales a fin que sean los primeros a tenerse en cuenta en su materialización, y propiamente se habla de progresivos porque al inicio solo se consideraba al hombre propio de esos derechos, solo a él se miraba como amo, dueño y señor del disfrute de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico de una nación y que luego se extendían en su conjunto a todos los países que convenían en esos derechos para considerarlos, respetarlos y positivarlos en sus propias Constituciones. Como el derecho no es estático ni inerte, su evolución ha permitido que el alcance del derecho no solo debe ser objeto de goce y disfrute de los seres humanos sino también de aquellos otros seres a su alrededor que influyen decisivamente en el desarrollo y crecimiento de la especie humana. Han tenido que transcurrir muchas décadas para que se considere que esa protección otorgada al hombre sea eficaz debe estar acompañada con los

* Administrador Público y Abogado, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora de Argentina, doctorando de la misma Alma Mater, Docente Universitario tiempo completo y Coordinador del semillero "Justicia Constitucional" del grupo de investigación DECIJUPRO de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Chocó. Colombia. duquesd@hotmail.com.

medios que lo sustentan y permitan su desarrollo; el mundo hoy está avocado a su propia destrucción por el manejo inadecuado del sistema ambiental, la propia naturaleza que le provee los medios de subsistencia, es quien le da el alimento, el techo y la posibilidad de procrearse a futuro creando las generaciones legadas de su propio ser y comportamiento. Es evidente la manifestación de agravio de la naturaleza hacia el ser, cómo el comportamiento desenfrenado y denodado del hombre viene marchitando el medio que lo sustenta; el efecto invernadero, el desenfriamiento de los polos árticos, el aumento del nivel del mar, la pérdida de la capa terrestre, la afectación de la capa de ozono, la contaminación de las aguas, que si nos pusiéramos a contar la agresión al medio ambiente, no terminaríamos de mencionarlo en estas líneas; como es natural, la obviedad de la regulación del comportamiento humano viene dado por el establecimiento de normas acordadas por el mismo ser humano delegado a instituciones jurídicas que soportan su legitimidad dada por la misma humanidad; esto es, todo un ordenamiento legal, debidamente jerarquizado y organizado que determina y manda el quehacer del hombre mutuo propio y social. Este ordenamiento se constituye en la regla de reconocimiento y otorgamiento de derechos; aunque los derechos que se predicán de “humanos”, no requiere su positivación por cuanto y en tanto solo se requiere ser humano para gozar y disfrutar de ellos. Este trabajo considerará la demostración que no solo gozan de derecho las personas humanas sino también aquellas cosas que rodean y sustentan al hombre que son condicionantes para su propio desarrollo, la naturaleza o medio ambiente que lo circunda. Ulpiano afirma que los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo; el establecerse el hombre en sociedad generó su organización y estructuración, de ello se delegó a personas jurídicas para que el poder se ejerciera entre partes, de ahí, las ramas del poder público que se conocen, operan separadamente pero en armonía la una de la otra, para que se conserve la independencia y respeto entre ellas; el legislador, para hacer y promulgar las leyes, normas imperativas y de carácter general que obligan a las personas a acatarlas, cumplirlas, de poder organizacional y de dirección; el ejecutivo, para tomarlas reglarlas y hacerlas cumplir con estrategias, presupuesto y coerción; y el judicial, para declarar el derecho, esto es, materializarlo que sea efectivo en garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales previstos en la Ley superior, aunque muchas veces pueda intervenir en el ordenamiento jurídico como hacedor de norma formal porque el legislador se quedó corto en alguna de sus normas dictaminadas.

Analizaremos la concepción de Estado de derecho y el tránsito a Estado social de derecho; la Supremacía constitucional; la constitucionalización del derecho, y la extensión del derecho a aquellas otras personas no consideradas como persona natural.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿Extensión del derecho como derecho contemporáneo o derecho constitucionalizado?

3. ESTADO DE DERECHO A UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado se define como aquella superestructura intangible que no se puede ver ni tocar, pero que está ahí, que es real y que determina la organización social (política, económica, cultural, ambiental, relacional interna y externa) de un territorio en particular, que se convierte luego en derecho para fundirse en uno solo como Estado de derecho. Según la doctrina, el Estado de derecho se compone de esos dos términos: Estado, como forma de organización política y el derecho, como el ordenamiento jurídico formal y no formal que rige y direcciona el funcionamiento de la sociedad, además de ser el derecho, el que limita el poder del Estado en el manejo, hacedor y ejecutor de la cosa pública de esa sociedad. El Estado de derecho además de sus dos elementos (Estado, derecho), interviene un tercero no menos importante que aquellos, que influye en la conformación de ese Estado: la democracia, ésta interviene como el otorgamiento de legitimidad al poder de los gobernantes quienes son los encargados de dirigir al Estado; a través de la democracia, el pueblo elige directamente a sus gobernantes; sin embargo, la democracia no es sinónimo de un Estado de derecho, por cuanto en ocasiones los elegidos democráticamente se convierten en dictadores o gobiernos ajenos al mandato dado originalmente por el pueblo.

Se caracteriza un Estado de derecho por las siguientes circunstancias: *i) Carta Política:* Como principal norma que guía el ordenamiento jurídico del Estado, su contenido prevalece sobre todas las demás normas y giran en torno a principios, reglas y valores; reconocimiento de derechos fundamentales, seguridad jurídica y estructura del Estado. *ii) Primariedad de la ley:* Todos los ciudadanos, sin excepción de los funcionarios públicos, deben estar sometidos a las leyes y ser juzgados en igualdad de condiciones sin excepción ni privilegio alguno, por alto que sea el cargo que posea. *iii) Garantía de todos los Derechos y Libertades:* Es la norma primordial del ordenamiento jurídico, el Estado debe garantizar el cumplimiento de la ley y la libertad de todos los individuos que habitan su territorio nacional y/o extranjeros. *iv) División de poderes:* El poder del Estado debe estar distribuido equitativamente y en equilibrio en lo que se denomina pesos y contra pesos, a fin que cada uno conserve la medida en la dirección del Estado y evitar desbordes en su manejo que contribuyan a gobiernos absolutistas o autocráticos. *v) Límites de gobierno por la ley.* Los actos de la administración deben estar limitados por la Ley, y estar conforme a los principios, reglas y valores establecidos para el manejo de la cosa pública, incluidas las normas convencionales a las que está sometidas el Estado.

La Carta de las Naciones Unidas define el Estado de derecho:

Como un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal. (Naciones Unidas, Secretario General, 2004, p.S/616)

La Carta ordena y reconoce que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación.

Un Estado de derecho se acoge al régimen en la que prima el interés de los ciudadanos por encima del mismo Estado, en el que garantiza su defensa, preservación y difusión de sus derechos y cuida por defenderlos y protegerlos contra excesos y arbitrariedades de las mismas autoridades estatales. El Estado de derecho se centra entonces, a que la norma debidamente positivada esté dirigida a proteger y garantizar la sociedad civil contra ella misma y contra los excesos en que pueda incurrir el mismo Estado a través de sus autoridades. El concepto de derecho en este Estado, se direcciona solo al concepto formal de igualdad y libertad, esto es, el consignarlo y enunciarlo lejos de su real materialización.

La transición de un Estado de derecho a un Estado social de derecho se fuerza por los movimientos sociales de reivindicación obrera surgidos en los años de 1917 con la Constitución de México y de 1919 con la de Alemania, las que acogieron en su contenido normativo el listado de derechos sociales y se obligaron a protegerlos, reconocerlos y difundirlos. Muchos doctrinantes, por el contrario, como Forsthoff, en 1954 y Abendroth, en 1977, afirmaron que sólo hasta el siglo XIX se empezó hablar del Estado social de derecho.

El Estado social de derecho se caracteriza por incorporar al ordenamiento jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos fundamentales junto a los derechos políticos y civiles tradicionales, los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales) de tercera (derechos de solidaridad o de los pueblos), de cuarta generación (de minorías y las tics), de quinta generación (que adopta derechos cuyos sujetos de protección son especies distintas de la humana, tanto sintientes como no sintientes. El fin, es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles.

Colombia se erige en Estado social de Derecho a partir de la expedición de la Constitución Política del 4 de julio de 1991, que se define como un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política, Art 1º, 1991). La Corte Constitucional T-622 (2016) afirma. “El Estado social de derecho es sinónimo de justicia social, igualdad, libertad, bienestar general e incluso, felicidad” (p.26).

El ser un Estado Social de Derecho implica igualdad para todos, esto es, que se suprimen todas las desigualdades existentes en el ordenamiento jurídico que impiden la materialización real de los derechos reconocidos y plasmados en la normativa constitucional, de ahí que su finalidad sea la de crear los supuestos sociales de manera tal que se garantice la misma libertad para todos (Böckenförde, 2000). Así las cosas, una de las situaciones que diferencian el Estado de derecho con el Estado social de derecho es que este último, “la *igualdad material* es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” C. Constitucional, C-1064 (2001). El contenido de la Carta obliga a todas sus autoridades a disponer sus funciones y competencias al cumplimiento inmediato de las obligaciones contempladas en la ley superior al servicio de las personas individual y/o colectivamente. En otras palabras, el Estado social de derecho garantiza la eficacia del derecho a través de su realización material bajo principios, reglas y valores que proporcionan equidad, bienestar y protección a los desvalidos y en estado de indefensión de sus conciudadanos.

En justicia constitucional, el aplicar un derecho social constitucionalizado obliga a que la realización del derecho esté orientado a proteger y garantizar a las personas desvalidas o en condiciones de vulnerabilidad incluidas aquellas personas jurídicas, que por su trascendencia influyen y condicionan el desarrollo de los humanos, producto de haberse consignado en el articulado constitucional las generaciones fundamentales de derechos, entre ellos, el del medio ambiente sano y la propia naturaleza, que el Alto Tribunal colombiano constitucional en su momento lo llamó *caja de herramientas constitucional*. Un papel importante y trascendental juega los jueces u operadores de la justicia constitucional en la aplicación y realización del derecho; bajo su responsabilidad está la eficacia del derecho reconocido por el

sistema político del Estado social de derecho. Podría llegar incluso, a que, por orden judicial, se eleve a norma formal la protección de un derecho de reconocimiento a una persona no humana. La Corporación constitucional, en reciente sentencia de tutela manifestó:

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela. C. Constitucional, T-406 (1992)

Se establece por parte de la colegiatura constitucional, que los principios y valores constitucionales consagrados, constituyen la estructura axiológico-jurídica sobre la cual descansa y orienta todo el sistema normativo, que, entre otros, se traduce en: obediencia y acatamiento de los principios rectores que rigen al Estado; proteger, por, sobre todo, a los más desamparados, desvalidos o marginados; expedición de leyes que garanticen y promuevan la equidad y la justicia social; tratamiento con dignidad a las personas que propicien calidad de vida; cuidado y preservación de la diversidad étnica y cultural; conservar, mantener y proteger el medio ambiente a través de la *Constitución Ecológica*; Prevalencia del interés general sobre el particular, y sobre todo, priorizar los recursos económicos a la atención de las necesidades básicas insatisfechas de la población.

El Estado social de derecho es sinónimo de justicia social, igualdad, libertad, bienestar general e incluso, felicidad; la Corte Constitucional reconoce que este sistema de derecho busca realizar la *justicia social, la dignidad humana y el bienestar general* mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional C. Constitucional, T-622 (2016).

El principio de dignidad humana cumple una función trascendental en este sistema, calificado como valor superior y un principio fundante del Estado Social de Derecho el que deben gozar todas las personas indistintamente por su naturaleza humana, que se erige como un derecho fundamental de eficacia directa cuyo reconocimiento general compromete el

fundamento político del Estado. Dice la alta Corporación constitucional colombiana, que el principio de dignidad humana debe entenderse: (i) como principio fundante del ordenamiento jurídico; (ii) como principio constitucional y (iii) como derecho fundamental autónomo. Todas las actuaciones del Estado deben estar inspirados en el respeto a la dignidad humana.

4. EL DERECHO CONSTITUCIONALIZADO

Desde la constitución misma del Estado de derecho que se funda en la consolidación estructural de un sistema jurídico ordenado jerarquizado y subordinado, donde prima y se impone la Carta Política legítimamente concebida, sobre sale de su concepción dos figuras que, por su solidez jurídica, contribuyen al fenómeno de la constitucionalización del derecho: “*la rigidez y la jurisdicción constitucional*; el primero por cuanto y en tanto se restringe su alteración normativa interna o no esté sujeta a cambios estructurales de forma ordinaria, sino mediante un procedimiento formal y expedito que aluda a su rigidez para modificarla; y el segundo por la exigencia de permanencia del aparato estatal que asegure y garantice la institucionalidad del poder judicial para que desarrolle y cumpla a cabalidad el fin de la justicia constitucional” (Guastini, 2009, p.45).

Concibe el autor, que la “constitucionalización del derecho es como el proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado de las normas constitucionales” (Guastini, 2001, p. 49-73). Esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a todo el ordenamiento legal. Y es que un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, según expone Guastini, por tener una Constitución extremadamente invasiva y desbordante, en cuanto regula los aspectos más importantes de la vida política, económica, cultural, ambiental y social, incluyendo el comportamiento de los actores políticos y las relaciones entre particulares. Pero también condiciona la validez de la legislación, el desarrollo de la jurisprudencia y el estilo doctrinal. De modo que un ordenamiento constitucionalizado tiene una Constitución con plena fuerza obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que funciona como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas

Siguiendo al jurisconsulto italiano Guastini, existen otros elementos no menos importantes que señalan las razones para la constitucionalización del derecho:

1). *existencia de una Constitución rígida*, en el sentido que su contenido está protegido ante cualquier asomo de modificación o alteración del legislativo o ejecutivo que infrinja las reglas establecidas por ella misma para su modificación; 2). *garantía jurisdiccional de la Constitución*, dirigida a que la Constitución se impone ante el ordenamiento jurídico, la

ley está supeditada al control constitucional y no será vigente si está en contraposición a su dictamen, este control administrado por jueces, en especial por colectivos que conforman el alto Tribunal constitucional; 3). *fuerza vinculante de la Constitución*, La constitución prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico y sus efectos son inmediatos y erga omnes y hace tránsito a cosa juzgada; 4). *“sobreinterpretación” de la Constitución y su aplicación directa*, es la aplicación concreta y determinada del texto constitucional mediante la aplicación hermenéutica de su contenido que permite extender sus efectos de manera directa como si se tratara de una ley, esto es, que la constitución se aplica como norma, sin necesidad que tenga desarrollo alguno a través de una ley; 5). *La interpretación conforme de las leyes*, se deriva del principio aplicación conforme, que significa la coherencia y concatenación que debe existir entre el ordenamiento jurídico, esto es, la subordinación y respeto jerárquico entre las normativas puestas en vigencia; y 6). *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*, lo que significa la existencia de órganos de control judicial que permitan la fluidez competencial y funcional de los órganos de poder. (Guastini, 2001, p. 49-73)

La constitucionalización del derecho se funda entonces en la prevalencia del articulado de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico de una nación, la transversalización de la Carta en las actuaciones de los órganos de poder del Estado, desde la formulación de una ley, su interpretación, proyecto de acto legislativo para modificar la Ley Superior, fijación de políticas, directrices y ejecución de medidas por el ejecutivo hasta el funcionamiento y operación de la administración de justicia, están supeditas a los mandatos de orden constitucional, y quienes están a cargo de la eficacia y validez constitucional es el juez constitucional. La intervención del operador jurídico en la realidad del derecho es trascendental y se convierte en protagonista de la constitucionalización del derecho; la competencia otorgada por la Constitución Política al momento de crear la Corte Constitucional así lo determinó, cuando le otorgó facultades para que decidiera sobre la constitucionalidad de normas de carácter legal y se pronunciara previa revisión, estudio e interpretación a la luz de la constitución de dicha norma, así mismo cuando aclaró la aplicación del artículo 25° del Código Civil Colombiano vigente en la sentencia C-820 de 2006 M.P. Marco G. Monroy C., sobre la interpretación de la ley en la que declaró inexecutable las palabras “con autoridad” y “sólo” dejando sentado que no solo el legislador es quien tiene autoridad para interpretar la ley, sino también la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad o inexecutable de una norma de alcance legal.

La Interpretación Constitucional es determinante para la aplicación interpretativa de las demás disposiciones y preceptos que componen el ordenamiento jurídico, que se comportan como un sistema, cuyos elementos integrantes no pueden apreciarse aisladamente, sino como componentes de un todo, en el que se correlacionan perfectamente para producir un fin, la

materialización del derecho. Savigny (2004) en su presentación de interpretación sistemática de la norma, señala: “que existe una conexidad material en todo el ordenamiento legal, y por ello el intérprete debe configurarlo armónica y razonadamente” (p.85). La doctrina complementa este criterio de interpretación añadiendo a los argumentos la coherencia, que clarifican y dan sentido al espíritu de lo que se interpreta. En la interpretación, el modo de argumentar permite claridad sobre la extensión o limitación del derecho que se declara, en las formas de argumentar está la Ponderación, término o figura jurídica que se utiliza para delimitar el derecho cuando en la aplicación de un derecho fundamental, o un principio de orden constitucional, se entre cruza uno con otro y se debe definir cuál de ellos es preferente sobre el otro, donde generalmente se acude a un test o juicio de proporcionalidad, o de razonabilidad. La interpretación constitucional, como lo expresa Bernal, (2005), “depara al intérprete un irreducible margen de discrecionalidad, en el que tienen cabida su ideología, sus inclinaciones políticas, por no mencionar las emanaciones inconscientes de su perfil psicológico y las demás improntas subjetivas” (p.89).

5. POSTMODERNIDAD DE LOS DERECHOS

Este principio radica en la materialización de los derechos reconocidos y positivados en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales y trasnacionales que reconocen sujeto de derecho a personas distintas a seres humanos. Podríamos decir entonces que parte del establecimiento de los llamados generación de los derechos fundamentales; se toma como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, cuya autoría se le atribuye al francés Karel Vasak. Se conocen cinco clases de generaciones: Dussan (2018).

i) derechos de primera generación; son los denominados derechos civiles y políticos, referidos a la autonomía personal de los individuos y la facultad de los ciudadanos de participar en el poder de gobernar; *ii) derechos de segunda generación,* son los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo contenido se concretiza en el derecho a exigir del Estado ciertas prestaciones básicas; *iii) derechos de tercera generación,* son los llamados derechos de solidaridad, que se inspiran en la idea de que la vida humana en comunidad da nacimiento a cierto tipo de derechos colectivos que trascienden al individuo y redundan en beneficio de toda la especie, incluidas las futuras generaciones, *iv) derechos de cuarta generación,* son derechos que se han gestado recientemente como resultado de las nuevas necesidades de protección que se requiere, así encontramos numerosos derechos que nacen a raíz de las nuevas tecnologías, en particular gracias al desarrollo de la informática, internet, la genética, la biomédica y las telecomunicaciones, *v) derechos de quinta o última generación,*

suponen la superación del iusantropocentrismo y con ello la adopción de derechos cuyos sujetos de protección son especies distintas de la humana, tanto sintientes como no sintientes. (p.95).

El derecho contemporáneo subsume la extensión de derechos a personas inertes y/o con vida sin ser humanos pero que están ligados y conviven con el hombre, llegando inclusive a que estos no puedan existir sin la intervención de aquellos. El derecho a la vida y pervivencia no es exclusivo de la raza humana, pero si es condicionante su actividad o comportamiento para la supervivencia que lo sustenta. La garantía para la efectividad del derecho reconocido está en las autoridades públicas que ejercen el poder en cabeza del hacedor de la ley, pero que por la posmodernidad del derecho se ha ocupado el juez constitucional para declararlo de forma inmediata ante un legislador inerte que hace alarde de la constitucionalidad del derecho.

6. FORMACIÓN DE DERECHO PARA SUJETOS NO HUMANOS

Partamos de las siguientes premisas: Persona humana; derecho; sujeto; persona jurídica. La norma ha sido implícita al establecer imperativamente el reconocimiento como sujeto de derecho y obligaciones a la persona humana, ínsito de ser racional; hoy de manera tácita los Estados han venido reconociendo en el ordenamiento legal y constitucional la extensión de derechos a otras personas o seres no humanos por cuanto éstos se constituyen en parte íntegra y condicionante de la vida y desarrollo de los primeros.

Si escudriñamos la normativa interna, por ejemplo, en Colombia, vemos que el código civil define en unos de sus artículos quiénes son sujeto de derecho, el Art. 74° dice que le asiste el derecho a toda persona natural (persona humana), y el art. 633° a toda persona jurídica (persona no humana); tanto la una como la otra, que sean capaces de ser titular de derechos y obligaciones; situación ya clarificada por la jurisprudencia Convencional y los altos Tribunales nacionales.

“Máscara” palabra etimológica que da el concepto jurídico de persona, se ha acuñado a través de la historia para declarar y asignar derechos que no solamente le deben corresponder a la persona humana sino también a los demás seres considerados como personas que puedan ser reconocidas con derechos, como las sociedades, asociaciones, animales, la naturaleza.

La concepción de la definición del “derecho” que por épocas se ha definido como que solo pertenece a una persona por el sólo hecho de ser humano, centrado en aquella teoría antropocéntrica de Kant; es revaluada por las circunstancias de tiempo modo y lugar en

la que evoluciona el hombre y su entorno. Ya no el derecho se predica para la vida de la persona, sino también para aquellas cosas vivas no humanas que influyen directamente en su desarrollo generacional.

Se parte entonces que el derecho debe realizarse a través de su declaración que está reservada al operador jurídico; previo establecimiento de la norma concebida y dictada por el legislador; cuya eficacia se deriva de dos elementos que de manera concomitante deben concurrir en la formación normativa, la legalidad y la legitimidad; la primera, producto del apego y respeto al ordenamiento jurídico establecido, donde prima el mandato constitucional, y la segunda como derivación de poder otorgado por la institución competente cuya actividad proviene de la ética y justicia social aceptado por la colectividad. La eficacia entonces se produce por la materialización del contenido normativo, que no solo debe exigirse su cumplimiento por su apreciación coercitiva sino por su aceptación de sus destinatarios en consenso de ser cumplida y respetada voluntariamente sin intervención de la fuerza y poder coercitivo del aparato estatal.

En todo sistema democrático de derecho se impregna por un conjunto de normas que ordenan la estructura jurídica del Estado, generalmente este sistema normativo esta dado de manera jerárquica y subordinada donde prevalece el contenido constitucional frente a todas las demás normas concebidas; la ley está supeditada al ordenamiento constitucional y no podrá ser vigente en contrario de la Carta Política, la generalidad además, es que el legislador es quien produce la normativa legal y que todos los ciudadanos están sometidos a su imperio y no les está permitido su incumplimiento, se concibe que en manos del legislador está la responsabilidad de hacer las leyes que requiere y exige la sociedad, sin embargo hay situaciones en las que el legislador se queda corto o se extralimita en la producción de las leyes, y es cuando por normativa pretoriana el Tribunal constitucional, como intérprete también de la ley, produce normas que asumen el carácter como normas sustantivas con efectos erga omnes y de cumplimiento inmediato en algunas ocasiones. Se percibe que el derecho se deriva de la ley, o que para tener derecho material debe estar reconocido por la norma que expida el legislador, así pues se ha establecido que es a través de la ley que se goza de derechos y que es la misma ley que lo determina; el principio de creación de la ley, parte del presupuesto de un análisis previo en los que se conozca los hechos, las causas, y efectos, situaciones de materialización de regulación de tal manera que se pueda determinar cuál sería la norma exacta que cumpliera cuyo fin es la eficacia; debe considerarse además los objetivos y fines que se esperan obtener con la norma, en suma, para la creación de la norma, deben converger todas aquellas situaciones que cumplan con la expectativa de la satisfacción a quienes va dirigida y con ello su cumplimiento de llegar hasta la defensa de

su aplicabilidad y vigencia. Una vez hecha su publicación, hace tránsito a la obligatoriedad de su cumplimiento y a su eficacia a través del principio de legalidad, que considera su acatamiento de manera inmediata y sin dilaciones.

El abordar el tema de Estado de derecho y que en el caso de Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se le agregó la palabra Social como adjetivo primordial en la materialización y declaración del mismo, según la doctrina, “se encuentra caracterizado por el reconocimiento y las garantías efectivas de los derechos fundamentales y derechos colectivos, económicos sociales y culturales y otros más recientes como los del medio ambiente; éste se define como Estado social de derecho, porque los fines sociales del Estado (salud, educación, trabajo y vivienda digna) se realizan por medio del derecho” (Echeverry, 2015, p.339).

El Artículo primero de la Constitución colombiana la define como un Estado social de derecho porque se centra en el respeto a la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. El declararse como un Estado social de derecho, adquiere relevancia la aplicación objetiva del derecho, que hace la materialización propia de sus fines y se practique la extensión de reconocimiento de derechos a otros sujetos que pueden ser objeto de ellos, distintos al de ser humanos.

Los acontecimientos ocurridos últimamente en el mundo jurídico están demostrando como el derecho ya no es solo de los humanos sino también que converge a los que teniendo vida no gozaban de derechos; el derecho ahora no es exclusivo de la naturaleza humana sino también de la naturaleza ambiental o ecológica. Vemos como los Estados han dado importantes avances hacia el reconocimiento de derechos y obligaciones ecológicas de protección a la naturaleza y a un ambiente sano.

¿Qué autoridades han intervenido para el reconocimiento de estos derechos?, observamos con atención que no solo ha sido protagonista el legislador, como órgano legítimo originario quien lo debe hacer, sino que en la mayoría de veces ha sido la rama judicial que interviene a través de sentencias para concederlo; es a través de una decisión pretoriana que la naturaleza, el ecosistema, el medio ambiente, se tenga como una entidad sujeta de derechos digna de protección, conservación y mantenimiento a cargo del Estado, y representado en conjunto por éste y delegados de la comunidad.

Ecuador se convirtió en el primer país del continente americano y de los otros continentes en reconocer, con alcance constitucional, a la naturaleza como sujeto de derecho a la que

llama “Pachamama”; la Constitución Política ecuatoriana (2008) consagró en los artículos 71º, 72º y 73º que: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; dice además, que tiene derecho a la restauración integral y que el Estado debe aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o alteración permanente de los ciclos naturales” (p.33). así mismo, en Nueva Zelanda, a través del “Acto 2017 Te Awa Tupua -Whanganui River Claims Settlement”- expedido por el Parlamento, declaró al río Whanganui sujeto de derecho con todas las facultades, deberes y responsabilidades de una persona jurídica. De igual manera, Bolivia, ya mediante ley No. 071 de 2012 que denominó Ley de derechos de la madre tierra, reconoció sujeto de derecho a la naturaleza. En India, el 20 de marzo de 2017 -Mohd. Salim con State of Uttarakhand & others, ocurrió lo mismo, con la diferencia que quien reconoció y declaró el derecho fue un Tribunal judicial, pero que meses después la Suprema Corte de esa nación anuló tal decisión donde acogió los argumentos del gobierno que sustentó la imposibilidad de sostener lo mandado por cuanto los ríos Ganges y Yamuna, declarados entidades vivas y legales con todos los derechos, deberes y obligaciones como si se tratara de una persona natural, no nacían ni era el único Estado por donde se irrigaba sus aguas y la jurisdicción de sus autoridades, tanto gubernamentales, judiciales y parlamentaria quedaba por fuera de su influencia para sostener y mantener en el estado natural a dichas personas jurídicas o entidades vivientes así declaradas. En Estados Unidos, más de 30 comunidades han pasado ordenanzas locales reconociendo los derechos de la naturaleza; Adicionalmente, se pueden considerar como antecedentes los derechos concedidos a los animales en algunos países como Alemania, cuya constitución concede a los animales el derecho a la protección de parte del estado

En Colombia, son varias las situaciones que han propiciado que se reconozca como sujeto de derecho a la naturaleza, especialmente a ríos, animales silvestres y domésticos; el primero, fue a través de una sentencia del Consejo de Estado del 23 de mayo de 2012, radicado 17001-23-3-1000-1999-0909-01(22592), que reconoció que los animales son seres vivos, dotados de valor propio y titulares de derechos, no asimilables a cosas u objetos con dignidad ínsita animal; al impetrarse una demanda contra el Estado, la que fue fallida, con ocasión de cejarse la vida de una persona por causa de envestida de un toro. La segunda decisión fue del 26 de noviembre de 2013 cuando la misma corporación, mediante la sentencia (2011-00227) declaró que los animales tienen personalidad jurídica digna de gozar derechos y obligaciones, aunque más tarde esta decisión haya perdido sus efectos por fallo de tutela del

12 de diciembre de 2014 exp: (2014-00723), proferida por el Consejo de Estado. El Congreso expidió la ley 1774 del 6 de enero de 2016 donde se les reconoció a los animales el carácter de seres sintientes, a la vez, retiró del ordenamiento jurídico, que a los animales se les diera el estatus de meras cosas.

La Corte Constitucional emitió la sentencia de tutela T-622 del 10 de noviembre de 2016 en la que reconoce como entidad sujeto de derechos al río Atrato, su cuenca y afluentes en el Departamento del Chocó; así mismo, mediante la sentencia de constitucionalidad C-035 de 2016 declara la protección especial a zonas de páramo, en especial al de Santurbán; Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil produjo la Sentencia AHC4806-2017 del 26 de julio de 2017 donde se reconoció a un oso de anteojos llamado Chucho, sujeto de derechos, así como que todos los animales gozan de personalidad jurídica; la sentencia STC4360-2018, de fecha 5 de abril de 2018 de la Corte Suprema de Justicia que reconoce a la Amazonia colombiana como entidad sujeta de derechos a la protección, mantenimiento y restauración de su ecosistema ambiental. Y la más reciente dictada por el juzgado único civil municipal de la Plata Huila, el 19 de marzo de 2019, que declara sujeto de derechos al río la Plata y su ecosistema.

Las razones que sustentan la decisión de darle y reconocerle derechos a personas no humanas se centran en la aceptación de la importancia que tiene la naturaleza, los ecosistemas y el medio ambiente, en el que está incluido el hombre como parte del medio ambiente y no como dueño de ella para que en su conjunto garantizan la permanencia de la vida sobre el planeta. Elementos de índole filosófico -jurídico se conjugan para apreciar el valor de este derecho: el *ecocentrismo* como contraposición del *antropocentrismo*, y el *biocentrismo antropológico*. El ecocentrismo parte de la premisa básica de que la Tierra no le pertenece a los humanos, por el contrario, los humanos pertenecemos a la tierra como cualquier otra especie (Corte Cons, T-622 (2016). Así, (Cruz, 2014) el ecocentrismo se encuentra yuxtapuesto al antropocentrismo, enfoque actualmente predominante, el cual concibe al ser humano como el único ser racional en el planeta y cuya relación con la naturaleza se centra en la dominación y el control. Por su lado, la ecología profunda concibe al planeta Tierra como un sistema vivo (p.112). Para Edwin Cruz (2014) en la ecología profunda, el equilibrio vital de la Tierra “justifica el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, porque todas las especies existentes tienen una función respecto a su desarrollo sistémico” (p.112-113). Además, Stone (1972) dice: “es posible que la amenaza de irreparabilidad del daño a la naturaleza cree en ella un derecho absoluto” (p.486). dice Stutzib (1985) “la ecología profunda concibe a la naturaleza como una persona jurídica especial, puesto que no se trata de una ficción jurídica, sino que tiene una existencia concreta y de ella depende la vida

en el planeta” (p.104). el Biocentrismo según Gudynas (2011) “es el reconocimiento de valores propios (intrínsecos) a la naturaleza, las plantas, los animales, los ecosistemas poseen valores que le son propios, que no descansan en los valores instrumentales atribuidos por los humanos, como de uso y cambio que son los que predominan en la actualidad” (p.39).

Bajo este enfoque, otorgar derechos a la naturaleza implica concebir su bienestar como un fin en sí mismo, independiente de valoraciones subjetivas y tasaciones basadas en el daño causado a los seres humanos, Cruz (2014) Así, “cualquier acto ecológicamente dañino constituye ‘per se’ un menoscabo de los derechos de esta entidad jurídica, lo que permite a sus representantes ejercer las acciones correspondientes” (p.98)

Ante la superposición de los intereses económicos sobre los ecológicos se deben producir actos que demuestren que la degradación de estos últimos no podría existir los primeros; pues los ecosistemas establecen las leyes físicas y fijas de sustentabilidad y renovabilidad de la naturaleza de la cual dependen las actividades económicas; el reconocimiento de derechos a la naturaleza, constituye una garantía de que estos derechos sean apreciados en su verdadero significado y alcance y de que sean debidamente conservados ante la práctica inconsciente de su uso y explotación degenerativa progresiva del medio ambiente.

En su conjunto, la jurisprudencia de las altas Cortes ha conceptualizado que el medio ambiente debe tomarse como un conjunto de elementos interrelacionados, esto es, un sistema equilibrado, donde hay elementos “*bióticos, abióticos, sociales, culturales, en donde los ecosistemas no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios.* Además, “[e]l ambiente es concebido *como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivientes y que permiten –de una manera directa o indirecta – su sana existencia y coexistencia.*”

Esta correlación del sistema es la que está señalada por el inciso 22 del artículo 2o de la Constitución, sobre lo que el máximo Tribunal ha señalado: “el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente *en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica;* y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente”.

Así pues, uno de los fundamentos de derecho utilizados por la Corte Constitucional para declarar el derecho a esta clase de sujetos es soportado por el contenido de la Carta Política en la que obliga al Estado de cumplir la protección del ambiente, que se resume en los siguientes numerales: Corte C-431 (2000) “(...) 1) *proteger su diversidad e integridad*, 2) *salvaguardar las riquezas naturales de la Nación*, 3) *conservar las áreas de especial importancia ecológica*, 4) *fomentar la educación ambiental*, 5) *planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución*, 6) *prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental*, 7) *imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente* y 8) *cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera*.” (p.68). Elementos importantes constituyen para esta decisión el principio de precaución como principio general de obligatorio cumplimiento para la conservación del medio ambiente y recursos naturales renovables; todo lo anterior bajo una visión ecocéntrica en la que se equipara el hombre con la naturaleza, donde simplemente éste no puede utilizarla para aprovecharse de ella como si fuera su señor y dueño, ante la perspectiva de la continuidad de la vida y la prolongación de la existencia de todas las personas sobre la faz de la tierra.

7. CONCLUSIONES

La reconsideración que el derecho no le pertenece sólo a las personas por el solo hecho de ser humanos, y que por igual tienen derechos las otras personas vivas no humanas, como la propia naturaleza, bien porque ese derecho haya sido reconocido o por el Parlamento, Congreso o legislador; o por un juez, puede garantizar la supervivencia de todos los seres (humanos y no humanos) en la tierra o fuera de ella. Colombia fue el primer país en reconocer como sujeto de derechos a un río componente del sistema natural, el río Atrato en el Departamento del Chocó Colombia; luego siguió el río Whanganui de Nueva Zelanda y el río Ganges de la India, éstos, entre otros seres no humanos con capacidad de haber sido reconocidos como sujetos de derecho con todas las facultades, deberes y responsabilidades de una persona jurídica. Ecuador y Bolivia, han sido los Países que más han extendido el derecho al considerar en su conjunto a la naturaleza “Pachamama” como denominan la tierra en el Ecuador, y Madre tierra en Bolivia, a que se respete integralmente su existencia, se conserve, regenere y restaure sus ciclos vitales y naturales, ecosistema, estructura, y procesos evolutivos; obliga al Estado a emplear medidas de precaución y restricción para aquellas actividades que puedan causar daños irreparables o conducir a la extinción de especies o del ecosistema. En Alemania se reconoce sujeto de derechos a los animales, así como en algunos Estados de los Estados Unidos de América. Colombia reconoció, igualmente, como sujeto de derechos a los animales y declaró que son seres vivos, sintientes, dotados de valor propio,

titulares de derechos, y que no son asimilables a cosas u objetos, con dignidad ínsita animal. Así mismo, la declaración de derechos a ecosistemas y parques naturales dentro de zonas en específico en la propia naturaleza.

Se constituye entonces, en un antecedente legal y jurídico que permitirá que estas entidades naturales puedan defenderse de los atentados, mal uso, explotación irracional, devastación, exterminio, y cualquier otro atropello, que por actividad del hombre pueda dañarles; este es un medio que facilitará, de manera progresiva, la educación, el cambio de chips, la culturización de los individuos para aprender a convivir con los ecosistemas, el medio ambiente, la propia naturaleza.

El hecho de reconocer derechos a una persona no humana, pero que es un ser vivo que también muere, y que en algunos casos también sienten; pone en tela de juicio a los gobiernos para que se reorganicen en la administración de justicia y también de orientación y manejo de recursos económicos y presupuestales. No en vano la declaración de haber sido sujeto de derechos a estos entes naturales, como los ríos Atrato, amazonas, la Plata, para poder acatar las órdenes judiciales de reparación, mantenimiento, preservación y sustentabilidad, requiere la orientación de recursos económicos representativos y por décadas, que se convertirán necesariamente en permanentes, para atender y conjurar los daños ocasionados al medio ambiente, paralelo a la adopción de políticas y estrategias de prevención, conservación y manejo racional de la naturaleza que nos sustenta.

No en vano, las razones utilizadas por la jurisprudencia para reconocer derechos a personas no humanas se fundan en figuras jurídicas como: *Equilibrio ambiental*, donde el medio ambiente es un sistema equilibrado y en armonía en el que confluyen elementos bióticos, abióticos, sociales, culturales y de identidad; *ecocentrismo*, actividad centrada en el desarrollo en que actúan en igualdad de condiciones el hombre y la naturaleza; *antropocentrismo*, obedece a la actividad central del hombre y su satisfacción personal sin mayores consideraciones a la degradación propia de la naturaleza, esto es, que el medio ambiente es secundario en la actividad humana, y el *biocentrismo antrópico* en la que el hombre no podrá actuar sin tener en consideración las restricciones propias impuestas al hombre para su actividad de progreso y desarrollo, en el entendido que la naturaleza goza de sus propios valores intrínsecos ajenos a los reconocidos por los humanos donde prima el uso y cambio del ambiente acorde al interés del hombre de oferta y demanda a sus necesidades.

8. BIBLIOGRAFÍA

- **Guastini Riccardo.** *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano (trad. De José Ma. Lujumbio) en: Cabonell, Miguel (ed.),*
- *Neoconstitucionalismo (s). 4ª edición, Madrid, trota-UNAM, 2009.*
- **Carbonell, Sánchez Miguel, Rubén.** *¿Qué es la constitucionalización del Derecho?, Biblioteca jurídica virtual -Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.*
- **Bernal,** *El Derecho de los Derechos. Ed. Universidad Externado de Colombia. (2005)*
- **Ferrajoli,** *Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Ed. de Miguel. 2003*
- **Morelli.** *La Corte Constitucional ¿Un Legislador Complementario? Ed. U Externado. Colombia.1997.*
- **Cortés, Sonia P.,** *La Constitucionalización del Derecho y la Interpretación Jurídico Constitucional. 2011*
- **Gudynas, Eduardo.,** *Derechos de la Naturaleza: Muchos protagonistas, un único sujeto. Centro Latino Americano de Ecología Social (CLAES). Febrero de 2011. Madrid*
- **Ubajoa, Juan DAvid.,** *Breve reflexión en torno al reconocimiento de la naturaleza y de sus elementos como sujetos de derechos. BLOG Departamento de Derecho del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia. diciembre de 2018.*
- **Godofredo Stutzin.** ‘Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza’. *Ambiente y Desarrollo.* Vol. 1, Núm 1. 1985. Pág. 113.
- **Edwin Cruz Rodríguez.** ‘Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: sobre la necesidad del diálogo intercultural’. *Jurídicas.* Vol. 11. Núm. 1. Manizales: Universidad de Caldas. 2014. Pág. 112.
- **Edwin Cruz Rodríguez.** ‘Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: sobre la necesidad del diálogo intercultural’. *Jurídicas.* Vol. 11. Núm. 1. Manizales: Universidad de Caldas. 2014. Pág. 98.

JURISPRUDENCIA

- **Martínez, M.** (18 de mayo de 1995) Corte Constitucional Sentencia C -225.
- **Naranjo, B.** (10 de febrero de 2000) Corte Constitucional Sentencia C -431
- **Ortiz, Gloria Estella.** (febrero 8 de 2016) Corte Constitucional sentencia C-035.
- **Cifuentes, E.** (agosto 5 de 1997) Corte Constitucional Sentencia C-358

CAPÍTULO III

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CASACIÓN Y SENTENCIA DE CASACIÓN CONSTITUCIONALIZADA*

*Ricardo MARTÍNEZ QUINTERO***

1. APRESTACIONES LIMINARES

Descifrar la historia a partir de la mirada sobre los hechos que la contienen, es un ejercicio que va más allá de la recordación de ciertas fechas, o quizá de momentos de difícil olvido por las características especiales que los acompañaron en su verificación. Con esta perspectiva se hace superlativamente interesante, pero a la vez más complejo entender la historia, pues ello convida al intérprete a mantener una especial atención en la secuencia de ocurrencia de los distintos sucesos, lo que pone en el escenario un auténtico proceso, facilitador del entendimiento y comprensión tanto del pretérito como del presente y las opciones futuras.

Allí reside la importancia de tener claro dicho proceso, tratándose de ciertos hechos a través de los cuales se ha venido viendo afectada la sociedad en todos sus órdenes; es el caso del recurso extraordinario de casación y el tratamiento que a él ha dado el sistema jurídico en las diversas etapas de la historia en Colombia. Recurso sin el cual, hablando del ayer, la legalidad de los juicios no hubiera sido posible proteger, como ahora, el respeto por los derechos y las garantías fundamentales.

* El presente artículo es resultado de investigación académica en la línea de la filosofía y la historia que influye en el recurso de casación, acerca de lo cual se han publicado varios artículos en la revista Misión Jurídica. Así mismo en las memorias de los últimos congresos internacionales de derecho procesal constitucional.

** Abogado Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Penal 1984 y Especialista en Criminología y Criminalística 1983, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal 1987, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Especialista en Casación Penal 2004, Universidad La Gran Colombia con mención de honor por la investigación titulada: "Los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso". Maestría en Filosofía Latinoamericana. Universidad Santo Tomás 2010, Especialización en Docencia Universitaria en la Universidad La Gran Colombia. Doctorando en Filosofía Universidad Santo Tomás de Aquino, 2011. Maestrando en derecho Universidad La Gran Colombia. Actual presidente del colegio de abogados casacionistas y revisionistas. Miembro de la ACDPC. rimarquín@hotmail.com

En efecto, el recurso extraordinario emerge como una necesidad de control por parte del ostentador del poder de turno. Es esta una apreciación proveniente del nacimiento del recurso en 1789 en Francia, donde para nadie es secreto que la figura procesal resultó imperativa para el ejercicio del control de los abusos que dieron pie al movimiento revolucionario. Por ello la pertinencia del abordaje de este asunto para poder notar cómo, a través de la historia y sus movimientos, el recurso extraordinario se erige como fundamento de la razón de ser de la administración de justicia, con un órgano especializado, máximo tribunal de la justicia ordinaria.

Con base en lo dicho, este trabajo recopila el andar del autor desde el año de 1991 a la fecha. Camino en el que ha tenido la oportunidad de conocer lo teórico y lo pragmático del extraordinario recurso, en todos los escenarios; de tal manera que el lector afiance su juicio crítico, encontrando al efecto la totalidad de las fuentes sobre las cuales se extrae el criterio del escribano ponente.

De esta forma, se reproduce la normatividad nacional que ha previsto la legislación en torno al tratamiento de la casación, para enseguida atinar al manejo de la estricta legalidad con el que se le dotó su desarrollo con fundamento en el texto constitucional de 1886, el cual recibió una profunda transformación a raíz del viraje que sobre la Estado determinó el constituyente primario en 1991. Situación básica, en virtud de la cual fluye la constitucionalización de la casación en Colombia, de tal manera que el tránsito de la mera legalidad hacia la real protección de los derechos y garantías fundamentales, impone el categórico de llevar todas las sentencias de casación el sello de esa constitucionalización. Hecho que entre otros aspectos reporta la legitimidad del Estado en el ejercicio de la función pública de la administración de justicia y sobre todo la materialización de la pretendida seguridad jurídica, sin la cual difícilmente puede reputarse la real existencia del Estado Social de derecho previsto axiomáticamente el artículo 1 de la Carta Política. Aspectos que como se dijo, guarnecidos en la historia y entendidos a partir de la elucubración filosófica. Únicas rutas válidas para abordar tan delicado tema. Con ello culminar destacando la trascendencia del principio de la interpretación constitucional, eje sobre el cual debe moverse la discusión en la sede casacional, dándole alcance al verdadero sentido de la casación, representado en las sentencias de la materia. De ahí las respectivas conclusiones y preocupaciones.

2. HISTORIA DEL CONTROL NORMATIVO DE LA CASACIÓN EN COLOMBIA Y SU MONOPOLIO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En este tópico se comparte el esquema propuesto por el profesor Rafael Sandoval López en su texto: “Vigencia del Recurso Extraordinario de Casación”, al circunscribir por épocas el control normativo que se ha vertido sobre el recurso, con la aclaración de que aquí abrimos espacio a una quinta cuya comprensión inicia a partir de la inclusión del sistema penal acusatorio en nuestro medio, con base en la ley 906 de 2004, producto del acto legislativo 003 del 22 de diciembre de 2002. Veamos:

Primera época (1886- 1910)¹:

“Con la Ley 61 de 1886, se reglamenta el recurso de casación en el artículo 36, aduciendo el legislador que el fin de la casación era unificar la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes. En cuanto a la casación penal el artículo 37 disponía que: “La Corte Suprema como Tribunal de Casación y para los efectos del inciso primero del artículo anterior conocerá en lo criminal de las sentencias que se pronuncien por la comisión de delitos designados en el artículo 29 de la Constitución nacional, excepto por los delitos militares de que habla el mismo artículo....”.

El recurso de casación penal sólo procedía cuando se imponía la pena de muerte y el art. 29 de la carta de 1886 limitada al legislador para la implantación de dicha pena, en los casos de delitos graves como traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército.

El artículo 38 de la mentada ley 61 de 1886 consagró como causales de casación, tanto en lo civil como en lo penal:

- 1^a. Ser la sentencia en su parte resolutoria, violatoria de la ley sustantiva o de doctrina legal, o fundarse en una interpretación errónea de la de la una o de la otra.
- 2^a. Hacer indebida aplicación de leyes o de doctrinas legales al caso del pleito.
- 3^a. No ser la sentencia congruente con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes.

1. SANDOVAL LÓPEZ, Rafael. Recurso extraordinario de Casación Penal. Bogotá: Ibáñez, 2008. P. 18-22.

- 4ª. Condenar a más de lo pedido o no contener la sentencia declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente en el pleito.
- 5ª. Contener el fallo en su parte resolutive disposiciones contradictorias.
- 6ª. Ser la sentencia a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.
- 7ª. Haber habido, por razón de la materia sobre que ha versado el pleito, abuso, exceso, defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por haber conocido el tribunal el asunto que no sea de la competencia judicial, o dejado de conocer cuando tuviere el deber de hacerlo.
- 8ª. Haberse incurrido en la apreciación de las pruebas en error de derecho que demuestre la equivocación evidente del juzgador.
- 9ª. Haberse faltado en el procedimiento a alguna de las formalidades que de suyo inducen nulidad, no haberse podido en consecuencia hacer eficaz el derecho por parte del demandante o de la defensa por parte de demandado. Las infracciones en el procedimiento que no hayan de producir necesariamente uno de estos efectos, no servirá de fundamento para la casación.

El artículo 239 de la ley 153 de 1887 adicionó las causales de la ley 61 de 1887 así: *“Agregase a las causales para interponer el recurso de casación de todos los negocios civiles y criminales en que las leyes lo otorga, la de ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo tribunal o por tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean posteriores en la época en que empezó a regir la unidad legislativa. El recurrente en este caso no está obligado a hacer depósito alguno”*.

La ley 105 del 24 de diciembre de 1890, en su artículo 370 reformó el recurso de la casación en los siguientes términos: “en materia criminal las causales que dan derecho a interponer el recurso de la casación son estas:

- 1ª. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva en materia penal o doctrina legal, ya sea directa la violación, ya sea esta efecto de una interpretación errónea de la ley o de la doctrina legal, ya de la aplicación indebida de leyes o doctrinas legales, como en el caso entre nosotros, de que se aplique la ley vigente al tiempo de la comisión del delito y no a una posterior que imponga menor pena.

Es entendido que al ocuparse la Corte de la apreciación de la sentencia por esta causal, debe tener en cuenta el veredicto del jurado, pues en consonancia con este debe hallarse la parte resolutive de aquella.

2ª. Ser, en concepto de la Corte notoriamente injusto el veredicto del jurado; y

3ª. Haber incurrido en las causales de nulidad designadas con los ordinales 1º., 3º., 4º. , 5º., 6º., del artículo 264 de la ley 57 de 1887.

Posteriormente el artículo 59 de la ley 100 de 1892 dio paso para que la Corte empezara a analizar cada cargo y causal por separado.

Luego mediante ley 169 de 1896 se retocó el recurso de la casación penal, implantando como causales de la casación las siguientes:

1ª. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva en materia penal por haberse aplicado al reo la pena capital fuera de los casos determinados por la ley. La Corte al considerar esta causal, debe atenerse al veredicto del jurado, que forma plena prueba sobre los hechos.

2ª. Ser, en concepto de la Corte, notoriamente injusto el veredicto del jurado, es decir, que de autos resulte claramente o que no se ha ejecutado el hecho incriminado, o que el acusado no es responsable de él, Esto no tendrá cabida cuando la sentencia se funde en el veredicto de un segundo jurado reunido en virtud de haber declarado el tribunal injusto el veredicto.

3ª. Haber incurrido en alguna de las causales de nulidad determinados en los ordinales 1º. 2º, 3º., 4º., 5º., 6º. y 7º., del artículo 264 de la ley 57 de 1887.

En el artículo 4º. de esta ley cambia la doctrina legal por la doctrina probable.

Con la ley 40 de 1907 se consagraron las mismas causales contenidas en la ley 169 de 1896.

Al ser abolida la pena de muerte a través (del acto legislativo de 1910), pierde vigencia el recurso de casación penal, pues la finalidad de la interposición del recurso extraordinario de casación era impedir la ejecución de la sentencia que imponía esa pena, mientras se decidía la alzada.

Segunda época (1923 – hasta vigencia ley 553 de 2000²):

El recurso de casación revive con la Ley 78 de 1923, sin base en la pena de muerte (por haber sido abolida), sino con el monto de la pena privativa de la libertad (seis años reclusión, prisión o presidio).

El artículo 3º de esta ley estableció como causales de casación:

- 1ª. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva penal por mala interpretación de la misma, o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía legalmente.
- 2ª. Violación de la ley de procedimiento por haber sentenciado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.
- 3ª. No estar el fallo en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder, o estar en desacuerdo con el veredicto del jurado.
- 4ª. Incompetencia de jurisdicción en el tribunal sentenciador.
- 5ª. Haberse abstenido de fallar el tribunal siendo competente.

La ley 118 de 1913 regló el recurso de casación en materia penal, agregando tres nuevas causales:

- 1ª. Violación de la ley, por cuanto haya habido error de apreciación en la prueba del cuerpo del delito.
- 2ª. Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión se haya debatido previamente en las sentencias.
- 3ª. Haberse dictado el fallo sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El art. 6º. de esta ley facultó al Procurador General de la Nación para fundamentar el recurso cuando el reo no lo hubiera hecho, siempre que existiera motivo para ello.

Mediante Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), se reglamentó sistemáticamente la casación. En el título 4º. (recursos extraordinarios) se dedicó el capítulo I a la casación (15 artículos).

2. SANDOVAL LÓPEZ, Recurso Extraordinario de Casación Penal. Op. Cit. P. 22-30.

En esta ley el recurso de casación procedía contra sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en delitos que tuvieran señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo fuera o excediera de cinco años.

Se dispuso también que el recurso podía ser interpuesto por las partes, incluso la parte civil, quien podía hacerlo contra sentencias condenatorias, cuando se persiguiera la indemnización de perjuicios, siempre que la cuantía de lo recurrido fuera o excediera de tres mil pesos (\$3.000.00).

En el art. 567 las causales de casación eran:

- 1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.
- 2ª. Cuando por errónea interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en el determinación de la sanción.
- 3ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado.
- 4ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad.
- 5ª. Cuando en la sentencia no se exprese clara y determinantemente cuáles son los hechos que se consideren probados.
- 6ª. Cuando la sentencia sea declarativa de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal.
- 7ª. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El legislador de este año por error no incluyó el ataque a la casación por falta de aplicación, lo limitó a las formas de aplicación indebida e interpretación errónea.

En el año de 1964 mediante el Decreto 528, se reglamenta nuevamente lo concerniente al recurso de casación, otorgando a la Corte de competencia y señalando (art. 55) que el recurso de casación procedía contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, y contra las sentencias dictadas por los mismos Tribunales de Distritos Judiciales en única instancia.

Como causales de casación contempló.

1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en autos.

2ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

3ª. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad; y

4ª. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio.

Posteriormente con el Decreto 1821 de 1964 se estableció la casación para algunos asuntos penales aduaneros.

Mediante el Decreto 1345 de 1970 se regulan nuevamente aspectos de la casación.

El Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal) estableció: “Art. 569.-

Procedencia del recurso. Habrá recurso de casación en lo penal, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años”.

“Art. 580.- Causales de casación. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre ese punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

- 2ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.
- 3ª. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio.
- 4ª. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

El Decreto 0050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal) establecía que procedía el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tuvieran señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo fuera o excediera de cinco años, y como causales de casación consagró las siguientes (art. 226):

- 1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en autos.

- 2ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.
- 3ª. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

Parágrafo: En los juicios en que interviene el jurado, haber incurrido el juez de derecho en alguna de las causales consagradas en los numerales anteriores, al declarar o dejar de hacerlo, cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad o de la punibilidad.

Es necesario advertir que a partir de la vigencia del Decreto 0050 de 1987 (1º. De julio de 1987) se mantuvo el jurado de conciencia y fue posteriormente abolido con el Decreto 1861 de 1989 art. 37, por lo cual fue necesario modificar las causales de casación, toda vez que incidían en el recurso.

Mediante el Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar) se reguló la Casación Penal Militar (arts. 435 a 442).

El Decreto 1861 de 1989 de agosto 18, expedido por el Gobierno Nacional mediante facultades que le fueran otorgadas en la Ley 30 de 1987, en su artículo 15 estableció: “El art. 226 del Código de Procedimiento Penal, quedará así: Causales. En materia penal, el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1º. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma cualquiera de derecho sustancial

Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente. Si el error fuere de hecho, éste debe aparecer, además, manifiesto en los autos; cuando sea por violación de normas probatorias, deberán indicarse éstas, explicarse en qué consiste aquél.

2º. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación o, en su caso, con el auto que la modifica.

3º. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

El Decreto 2651 de 1991 (sobre descongestión de los despachos judiciales art. 51) estableció frente a la casación lo siguiente:

“Sin perjuicio en lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando mediante ella se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, se observarán las siguientes reglas:

1º. Será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

2º. Si un cargo contiene acusación que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ella si se hubieren invocado en distintos cargos.

3º. Si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto según corresponda.

4º. No son admisibles cargos que por su contenido sean entre si incompatibles. Si se presentan y adolecen de tal defecto, la Corte tomará en consideración los que,

atendidos los fines propios del recurso de casación por violación de la ley, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, con los fundamentos que le sirvan de base, con la índole de la controversia específica mediante dicha providencia resuelta, con la posición procesal por el recurrente adoptada en instancia y, en general, con cualquier otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante”.

A este Decreto se le otorgó inicialmente vigencia temporal de 4 años, pero mediante la Ley 192 de Julio 10 de 1995 se prorrogó su vigencia hasta julio 10 de 1996 y así sucesivamente venía ocurriendo. La sala de casación penal sostuvo que no era aplicable en lo penal sino en lo civil y laboral.

El Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) que entró a regir el 1º. de julio de 1992, consagró el recurso de casación en el Capítulo VIII (arts. 218 al 231) sufriendo modificación mediante la ley 81 de 1993 los artículos 35 y 36. Igualmente se consagró en dicho Código el jurado de derecho (arts 458 al 466 C. De P.P.), que fue derogado mediante Ley 58 de 1993 artículo 3º.

El art. 218 (modificado Ley 81 de 1993 art. 35) establecía: “Procedencia: El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad, cuyo máximo sea o exceda de seis años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del procurador, su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Un cambio sustancial se hace frente a los fines de la casación cuando en el art. 219 del C. De P.P. se establece: “El recurso extraordinario de casación tiene por fines primordiales la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida y la unificación de la jurisprudencia nacional”. Es el traslado de la norma, antes rectora del proceso penal, al ámbito de los fines de la casación.

Referente a las causales para recurrir en casación establecía el art. 220 del Código de Procedimiento Penal, las siguientes:

“1°. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente.

2°. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

3°. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Tercera época – (Ley 553 de 2000)³:

Mediante la Ley 553 de 2000 (que reformaba la institución de la Casación Penal en Colombia) se **pretendió dar un cambio total del manejo del recurso para dejarlo como acción, y, de esta manera, poder quedar ejecutoriadas las sentencias de segunda instancia proferidas por las Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país, el Tribunal Superior Militar y el Tribunal que se llegara a crear para conocer de la segunda instancia de los Juzgados Penales de Circuito Especializados, remitiendo de manera inmediata el cuaderno de copias al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a fin de ejecutar o materializar la sentencia impugnada ya en casación.** (Negrillas fuera de texto, que permiten luego verificar las resistencias a la nueva operativa de la casación como resultado de la Carta Política de 1991).

Igualmente se consagró la mal denominada: “respuesta inmediata” basada en el antecedente o precedente judicial.

Artículo 2°.- El artículo 219 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 219. Fines de la casación. La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia Nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada.

Artículo 3°.- El artículo 220 del Código de Procedimiento Penal quedará así: ART 220. En materia penal la casación procede por los siguientes motivos:

3. SANDOVAL LÓPEZ, Recurso Extraordinario de Casación Penal. Op. Cit. P. 30-50.

1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante.
2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.
3. Cuando la sentencia se haya dictado en el juicio viciado de nulidad.

Artículo 10.- Créase el artículo 226 A del Código Penal con el siguiente contenido:

ART. 226A.- Respuesta inmediata. Cuando sobre el tema jurídico sobre el cual versa el cargo o los cargos propuestos en la demanda, ya se hubiere pronunciado la Sala de Casación en forma unánime y de igual manera no considera necesario reexaminar el punto, podrá tomar la decisión en forma inmediata citando simplemente el antecedente.

Artículo 12.- El artículo 228 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

ART. 228.- Limitación de la casación. En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 220, la Corte deberá declararla de oficio.

Igualmente podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales.

Artículo 20. En todos los artículos del Código de Procedimiento Penal en que se utilice la Expresión “recurso de casación”, sustitúyase por “Casación”.

Cuarta época (Ley 600 de 2000)⁴:

Establece este código de Procedimiento Penal en su capítulo IX referido a la “Casación”:

ART. 205.- Procedencia de la Casación. La Casación procede contra las sentencias ejecutoriadas proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito

4. SANDOVAL LÓPEZ, Recurso Extraordinario de Casación Penal. Op. Cit. P. 50-56.

Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad, cuyo máximo exceda de ocho años, aun cuando las sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

La Casación se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede admitir la demanda de casación contra sentencias de Segunda Instancia distintas a las arriba mencionadas, a la solicitud de cualquiera de los sujetos procesales, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley.

Es de anotar que la palabra: “ejecutoriadas” fue declarada inexecutable en la sentencia de febrero 28 C-252 de 2001 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, por unidad normativa al considerarlo prudente y de manera oficiosa la Corte Constitucional. Razón por la cual, al interponerse el recurso extraordinario de casación penal existe en la actualidad una prolongación extraordinaria del juicio de efecto suspensivo, con todas sus consecuencias inherentes, hasta el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal al respecto de manera definitiva.

ART. 206.-Fines de la casación. La Casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada. Norma por lo demás traída desde el Decreto 050/87, pasando por el 2700/91, la Ley 553 de 2000, con distintas caras:

Principio rector, norma rectora y fines de la casación.

ART. 207- Causales. En materia Penal la Casación procede por los siguientes motivos:

1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante.
2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.
3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

ART. 214- Respuesta inmediata. Cuando sobre el tema jurídico sobre el cual versa el cargo o los cargos propuestos en la demanda, ya se hubiere pronunciado la sala de Casación en forma unánime y de igual manera no considere necesario reexaminar el punto, podrá tomar la decisión en forma inmediata citando simplemente el antecedente.

Es de anotar que este artículo fue declarado inexecutable en la sentencia de febrero 28 C- 252 de 2001 M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, por unidad normativa al considerarlo prudente y de manera oficiosa la Corte Constitucional”.

Quinta época – Sistema Penal Acusatorio – Ley 906 de 2004⁵:

“Artículo 180. Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia”.

Artículo 181. Procedencia. **El recurso como control constitucional y legal** procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o lega, llamada a regular el caso.(
Negrillas fuera de texto)
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

Artículo 182. Legitimación. Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio.

5. Investigación realizada en la especialización en Casación Penal, de la Universidad La Gran Colombia, con la monografía “Los Fines de la Casación, son el fundamento filosófico del Recurso”, la cual recibió Mención honorífica, el 11 de agosto de 2004.

Artículo 183. Oportunidad. El recurso se interpondrá ante el tribunal dentro de un término común de sesenta (60) días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1886, EL ENCAUSAMIENTO DE LA ESTRICTA LEGALIDAD DE LA CASACIÓN

Si la casación en Colombia surgió al interior de la Constitución de 1886, en la que Núñez, siguiendo a Spencer aplica la concepción organicista de la evolución histórica, para pasar de lo homogéneo a lo heterogéneo, es notorio que siempre nos caracterizamos por la incansable búsqueda de una civilización, dentro de cuyo proceso pasa la comunidad nativa, luego la conquista, la colonización, de lo que después de la emancipación y la independencia, distinto a su pérdida en el pasado, refulge con todo su rigor costumbrista. Este es el punto arquimédico a través del cual vemos nuestra verdad en la realidad. Se rompe el esquema de los tres Estados de Comte, que en la versión de Spencer desnuda la permanencia, la habitabilidad del conector de conservación con el pasado.

El de la forma, el del esquema, el de la misma estrategia. Prueba de esto con marcado acento y acierto, apunta quien fuera nuestro profesor de Maestría en Filosofía Leonardo Tovar -refiriéndose a la resistencia a los cambios en nuestro medio, en el caso del General Uribe Uribe (1912)-, quien como entendedor de la futilidad de ciertos temas que empañaron el progreso de la nación, la estatizaron:

“Si como sugiere Jaime Jaramillo Uribe, nuestra verdadera ilustración ocurrió en el siglo XIX, el período que hemos estudiado podría catalogarse de típica anti-ilustración.

Bajo la ideología de orden promovida por la República Conservadora, se cerró todo espacio a la libre reflexión, quedando el pensamiento al arbitrio de dictados catequéticos y políticos. Incluso la resistencia provocada se conservó dentro de este marco, como se pudo observar al seguir los planteamientos del general Uribe. En una atmósfera confesional como la que respiraba entonces la cultura colombiana, la crítica racional que constituye el fundamento de un genuino filosofar, se hallaba asfixiada por completo”⁶.

Comprendía así Núñez que las instituciones políticas debían adaptarse a las condiciones de los pueblos y no al contrario, como tantas veces se había pretendido en nuestra historia. En política el camino más corto entre dos puntos no es la línea recta, repite, queriendo decir

6. TOVAR GONZÁLEZ Leonardo y otros, *La Filosofía en Colombia*. Op. Cit. P. 348.

que las mejores prescripciones en el papel pueden fracasar debido a su impracticabilidad. En concreto, así lo demostraban las medidas anticlericales tomadas durante los gobiernos del período radical, que enfrentadas al sentimiento esencialmente católico de la población colombiana, proporcionaron innegables abusos de poder y resultaron impopulares. Lo más grave radicaba en que el Estado había perdido la fuerza de sanción moral consustancial a la religión, lo cual se traslucía en la relajación de las costumbres públicas. He ahí el motivo por el cual el agnóstico Núñez auspició un explícito reconocimiento constitucional de la función social de la Iglesia Católica en nuestro país.

Quizás por esta misma razón:

“Se encuentra en la historia de Colombia la constante de un sistema político con tendencia al autoritarismo, restringiendo inclusive el acceso a la democracia (democracia incluyente pero restringida característica de la historia del siglo XIX y XX), y el autoritarismo se configura como proyecto cuya aparición responde al deseo de orden, resultado de la configuración de un perfil cultural jerarquizado, con marcados valores católicos donde la modernidad se muestra como impía generando una postura hermética inclusive frente a las ciencias”⁷.

Todo lo anterior deja en estado de absoluta lucidez la influencia de la colonia, en el trámite del recurso de casación, hecho evidente en la jurisprudencia como protectora de la estricta legalidad. Aferramiento a una legalidad diseñada como marco del derecho, después de la conquista en Colombia. Cuyas huellas se han hundido en las entrañas del ser histórico, a punto que como se verá, resultó indispensable la iteración de la legalidad normativa, para reconocer la nueva cara de la casación como control, no apenas de legalidad sino de constitucionalidad.

Pero aquello no basta. Hay un más allá. Si bien se sostuvo con suficiencia que este trabajo no es netamente jurídico, también histórico descriptivo vivencial, en los finales renglones del mismo se aportará sobre los conceptos de legalidad, justicia en Colombia, y por ende esa permanente contradicción al interior de nuestro derecho, proveniente de la masacre genocida producida en 1492, refrendada en la época colonial: prevalencia del Estado de derecho sobre el Estado de justicia. Para con ello, ojalá siquiera teóricamente, traidar una tesis acerca de la necesidad de la humanización de la justicia; de la que, se reitera, fuimos despojados y lo seguimos siendo a través de la guerra entre los depositarios del poder, con la consecuencia de

7. MEJÍA QUINTANA, Oscar. Una mirada hermenéutica a la cultura política en Latinoamérica y Colombia. Bogotá: Ibáñez, 2008. P. 209.

ser esta acción, ejemplo reactivador de la violencia en su máxima expresión. Piénsese en los flagelos de la corrupción, la impunidad y el clientelismo.

4. LA CARTA POLÍTICA DE 1991. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CASACIÓN A PARTIR DE SUS FINES COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El recurso extraordinario de casación, no como herramienta de poder o afines, sino como una conquista universal del sentir revolucionario Francés que linderó territorios entre el absolutismo del soberano y la protección de la norma objetiva, sin reveses en su interpretación genuina, permite afirmar que la casación es el medio a través del cual se rompe la sentencia o se profliga el proloquio que reprobó el examen de legalidad constitucional o sustancial, dando al traste con el IUS CONSTITUTIONIS y el IUS LITIGATORIS. Elementos integrados iura que, deben ser las finalidades de la casación frente al modelo constitucional actual. Aunque éste es un argumento obiter dictum necesarísimo expresarlo así, primero para argumentar con solvencia desde un principio el trabajo y, segundo, porque para nadie es secreto que cuanto menor sea la protección al litigante que resguarda su actitud en la Carta Política, menor será la protección de la norma. No referimos a cualquier norma, lo hacemos en torno a la constitucional prevista en el artículo 230 – ejusdem-.

Así las cosas, no discutimos de entrada la cuota técnica que debe llevar una demanda de casación, tampoco que el recurso constituye un juicio de legalidad y menos la competencia atribuida a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal. Lo que fue fundamento filosófico del recurso, en otra época, con base en una Constitución determinada – republicana – y en una norma de restricción, no puede serlo de manera inamovible en una distinta, con orientaciones diversas y, menos, cuando de la normatividad vigente no fluyen expresiones literales en tal sentido.

Quiero significar entonces la importancia que para estos efectos académicos debe tener la labor permanente de producción de ideas, gestión sanamente aislada de otros escenarios, en los que distinto a reflexionar, se tejieron las marañas inadhesivas al mundo ius filosófico. Por ello entrecomillo dos interesantes acápites de textos relacionados con el asunto:

“Desde que está sobre la tierra, el hombre se pregunta por su destino y busca las razones y el fundamento de su propio ser: esto es justamente la filosofía, la expresión de ese continuo interrogante.

Todavía subsiste el prejuicio de que la filosofía se ocupa de problemas que no tienen nada que ver con la realidad de la existencia humana, y de que permanece encerrada en una esfera lejana e inaccesible donde no llegan los deseos ni las necesidades de los hombres. Y junto a ese, existe otro prejuicio: el de que la filosofía es un conjunto desconcertante de opiniones superpuestas que se contradicen, sin un auténtico hilo conductor que sirva de orientación para los problemas de la vida.

Ambas ideas son erróneas: en realidad, nada que sea humano resulta ajeno a la filosofía, porque ésta es la reflexión del hombre que se busca a sí mismo. Y en tal reflexión, todos los pensamientos sinceros y coherentes son importantes, tanto los antiguos como los modernos. Porque en la filosofía no ocurre como en la ciencia, donde los últimos descubrimientos anulan a los anteriores. En el mundo de las ideas, una reflexión que viene del pasado, si ha sido verdadera, es fuente permanente de enseñanza y vida: ya que en la historia de la filosofía las sucesivas doctrinas no son más verdaderas que las que les precedieron. Todas resultan importantes, aunque su voz llegue debilitada por el tiempo, como expresión de hombres solidarizados por una investigación común. Se trata pues de prejuicios injustos, basados en las falsas apariencias y el desconocimiento. Convencidos de estos, y de la enorme importancia que tiene el tema, hemos planteado esta obra para contribuir a deshacerlos, difundiendo la historia de la filosofía entre los no filósofos⁸.

Complementa el aserto RUBÉN JARAMILLO VELEZ, en su obra “Problemática actual de la Democracia”: *“Pero, además, en Grecia había aparecido la Polis. En la Grecia Clásica se había realizado una experiencia ética absolutamente innovadora, la sociedad ya no estuvo organizada exclusivamente alrededor del monarca, en torno al déspota, ya la Polis se caracterizaba por el uso público de la razón para recordar la noción kantiana a que hicimos alusión al comienzo. Y por ello fue en las ciudades griegas en donde surgió la filosofía, tal como lo revela un término cardinal del lenguaje filosófico: “categoría”.*

Tiene que ver con el “ágora”, la plaza pública en el centro de la ciudad, por provenir del verbo kat agoreo, que significa “decir algo en el ágora, acusar públicamente en el ágora” (la noción proviene del lenguaje judicial)”.

8. Introducción a la filosofía. Segel Michelin Pastor. Academia Ministerial Logos.

La existencia del ágora implicaba esa experiencia ética de la ciudadanía. La Polis tenía como centro el ágora, ya no el palacio real, ya no la residencia del déspota. En efecto, aquella era el lugar en donde se reunían los ciudadanos y fue en la Polis, primero en el Asia menor y luego en la metrópoli, en donde nació la filosofía. Por lo cual se identifica al primer filósofo con un locativo: lo llamamos TALES DE MILETO”⁹.

Sobre la casación, parto del presupuesto que siempre ha tenido su fundamento filosófico en las razones de Estado, sólo que de acuerdo con la nueva concepción del mismo, a partir de 1991, este es social de derecho, de donde surge inconcuso que los derechos fundamentales sancionados por la Constitución deben ser garantizados y concretamente satisfechos. Dice FERRAJOLI :

“El garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucio-nalismo, dirigido a asegurar las técnicas de garantía idónea para tener a su vez el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y, además, en el sentido en que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: en primer término, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, en confrontación con todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional.

Se trata de tres expansiones, todas igualmente indispensables, del paradigma garantista y constitucional heredado de la tradición. Este paradigma que, como sabemos, nació como tutela de los derechos de libertad, ha sido ordenado como sistema de límites sólo a los poderes públicos y no así a los poderes económicos y privados, que la tradición liberal ha confundido con los derechos de libertad; y ha permanecido anclado en los confines del Estado nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, está, por el contrario, confiado a ésta, su triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, añadido a aquel liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado, añadido a aquel de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, añadido a aquel estatal”¹⁰.

9. JARAMILLO VELEZ, Rubén. *Problemática actual de la democracia*. Jurídicas G. Ibáñez C. Ltda. Bogotá, D.C. 2004. pág. 57-58.

10. FERRAJOLI, Luigi. *El garantizo y la filosofía de derecho*. Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. 2000. pág. 177 – 178.

Algo de lo que no puede apartarse la casación, prima facie porque el sistema no destila por el Gobierno de los jueces y, segundo, por el dato histórico legal que muestra el tratamiento dado por el legislador al recurso, hasta abordar hoy en una idea según la cual para la procedencia y real efectividad del mismo lo que impera son los fines y no las antes causales cimentadas en criterios de inflexibilidad y por qué no decirlo, de capricho legislativo a la postre conculcador de las razones que deben inspirar una justicia material consonante con las esencias filosóficas de cualquiera de las escuelas que durante los siglos han teorizado sobre el tema. Por eso los hoy determinados fines de la casación fueron desprendidos de una norma inicialmente concebida como principio rector del procedimiento penal –1987-, luego norma rectora del mismo. Preceptos inspirados filosóficamente por la Carta Política de 1886.

El tema no es fácil, sobre él Díez Ripollés, en su trabajo “La racionalidad de las leyes penales” apunta:

“Tampoco se entiende por qué unos derechos fundamentales prejurídicos, que configuran el Estado de derecho y condicionan el derecho moderno, sólo pueden desenvolverse como un conjunto de principios coherentes en la medida en que estén amparados por el principio de legalidad; pareciera que, pese a los reclamos en sentido contrario, la legislación interna tuviera la primacía frente a la externa.

Mi tesis es que la relevancia otorgada a ambos principios, de formalización y legalidad, refleja, una vez más, dos limitaciones omnipresentes en la reflexión fundamentadora del derecho penal. La primera de ellas es la tendencia a razonar desde el derecho positivo, el temor al vacío que suscita toda propuesta fundamentadora que no puede contar con un texto legal que la soporte. La segunda, en estrecha relación con la anterior; es la persistencia, pese a las apariencias, de una actitud defensiva en la configuración de los principios jurídicopenales, que lleva a que lo determinante sea cómo logramos frenar la intervención penal, y no cómo hay que legítimamente configurarla”.

Enunciado que comparto, más cuando el mismo autor luego de señalar los principios que en su opinión deben regir el modelo estructural de la racionalidad ética penal: protección, lesividad esencialidad o fragmentariedad, interés público correspondencia con la realidad, responsabilidad, imputación, reprochabilidad, jurisdiccionalidad, sanción, humanidad de las penas, teleológico proporcionalidad, monopolio punitivo estatal; incluye el de la certeza o seguridad jurídica, pero no como el que pueda valerse por sí sólo, sino en conjunto con los otros¹¹.

11. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Práctica y teoría la racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Bogotá, D.C. 2003. pág. 135 – 136.

De tal manera no es correcto apreciar la seguridad jurídica como la que deviene únicamente como producto de la legalidad formal, sino toda aquella procedente del juicio racional que permitió a los funcionarios el enlace lógico, coherente de todos los principios atrás reseñados. Eso sí, con el referente constitucional. De tal manera que la inseguridad jurídica no proviene del desorden o indisciplina generalizada dentro de la ciudadanía sino y con mayores veras en los desórdenes e indisciplinas que se vierten al interior del ejercicio de la función pública. Visibles a partir de las resistencias personales al cambio y la pérdida inaudita de los referentes colectivos que terminan por arrasar los fines del Estado. Cuestión bastante grave.

Por lo anterior, respetuosamente creo, La Corte Suprema de Justicia en principio restringió por fuerza de costumbre legal su labor de juez de casación al contenido literal del artículo 206 del C.P.P. que establece los fines del recurso – efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada – sin perjuicio de lo dispuesto en el 216 ejusdem en el sentido de la viabilidad de la ruptura del fallo cuando avisa el paginario la afectación de las garantías fundamentales. Sin embargo, itero, en mi opinión, lo que apareció reglado como excepción, de acuerdo con el texto constitucional, fue lo que debió operar como regla. Es decir, no podía la Corte casar sentencias solo cuando era ostensible el atentado contra las garantías fundamentales, sino que “debió” casarlas. La aplicación del patrón deontológico proveniente de la Constitución, la cual, no se olvide, plasma el debido proceso como derecho fundamental de imperativa observancia tanto en los trámites administrativos como judiciales. Artículo del que por lo demás, se han generado otras controversias por falta de aplicación de sus contenidos. Es decir la pretermisión de la aplicación efectiva de la interpretación constitucional.

Entonces, con todo y la miopía del Legislador al redactar la Ley 600 de 2000, dejando de costado la mención de los derechos fundamentales para en su lugar poner frente a los ojos del lector el aserto “Garantías fundamentales”, no significa que todos aquellos casos que bien pudieron ser objeto de protección de los derechos fundamentales y dejaron de serlo, hubieran roto el principio de seguridad jurídica en detrimento de la imagen del máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria. Simplemente, la dinámica que por fuerza de la interpretación solo legal, no constitucional, dejaba ver cumplido el debido proceso según las orientaciones. Esta cuestión, sin duda, fue el detonante del enfrentamiento entre las altas Cortes durante la década pasada.

En consecuencia, pese a todo, resulta incontestable que los fines de la casación – inicialmente previstos en el artículo 206 de la Ley 600 de 2000, ahora en el precepto 180 de

la Ley 906 de 2004- son el fundamento filosófico de recurso. Lamentablemente como suele ocurrir en esta clase de tránsitos legales ideológicos Colombia no es la excepción y más allá de que la mentada norma haya empezado a ser elaborada con evidentes timideces desde 1987, como se vio, nuestra cultura jurídica no ha permitido de lleno el ingreso al medio de la aplicación del principio de estricta legalidad, como tampoco el criterio constitucionalista, el cual abre líneas de avance hacia el modelo de Estado previsto por la Carta.

Empero, con el nuevo diseño escriturario del procedimiento penal, se esperaba emergiera en todas las decisiones de casación el criterio constitucionalista, ese de apertura a la humanización del derecho, dentro de cuyo patrimonio filosófico se encuentran los postulados de emancipación facilitadores del ingreso a la administración de justicia, entre otros, del elemento principal de la custodia de los derechos fundamentales, sin el cual resulta imposible la implantación efectiva del Estado Social de derecho. Aserto que por su virtualidad, imponía la adhesión en los fallos de las notas de supralegalidad, las que precisamente por no desprender de contenidos preceptivos de lectura taxativa, invitan a los administradores de justicia a concebir la validez del juicio racional y de aceptación general en su diario fungir, dimanando con ello hacia la sociedad, el resplandor efectivo de la Carta fundamental.

En consecuencia si la Constitución en su estructura antropocéntrica clama por la libertad en términos de dignidad, con el báculo de la autoridad, resulta a todas luces inconveniente que con ella se pretexe la mera legalidad para fallar en casación. Al contrario, siendo la orientación constitucional, receptáculo de valores, ojalá sean estos, no otros, los que garanticen y fijen la aplicación del fundamento mayor: el respeto de la dignidad humana, en todos los orbes: económico, político y social, de consuno etiquetas de garantías de garantías. Dicho de manera distinta pero unívoca, la garantía de los derechos fundamentales y su efectiva verificación como producto de la interventoría de los escogidos por el gobernante visible para destellar confiabilidad entre los coasociados. Bloque de constitucionalidad, derechos fundamentales y garantías fundamentales son pares en aquéllos países donde más que las expresiones legales literales importa la congruencia entre el derecho y la sociedad pretendida. Camino que asegura la axiología en su dimensión filosófica, hasta alcanzar la paz, la convivencia, la seguridad jurídica, el respeto, la solidaridad, la justicia material, la tolerancia y la dinámica fraternal en el ejercicio de una de las más sobresalientes funciones públicas de cualquier nación organizada: la administración de justicia.

Con potísimo acierto escribe Arthur Kaufmann: *“Así como la dogmática jurídica es la ciencia del sentido normativo del derecho positivo válido y la sociología del derecho la ciencia de las regularidades del derecho y la vida jurídica, la filosofía del*

derecho tiene que ver con el derecho como debe ser; con el derecho “correcto”, el derecho justo, en resumen: ella es la doctrina de la justicia. Mientras la ciencia jurídica dogmática no sobrepasa el derecho vigente y sólo critica intrasistemáticamente, la filosofía del derecho orientada transistemáticamente se interesa por el derecho vigente sólo con respecto a su valor o disvalor ... La filosofía del derecho no se diferencia, pues, de otras ramas de la filosofía en razón de ser más especial, sino en que son principios jurídicos básicos, problemas jurídicos fundamentales los que refleja, discute y, en la medida de lo posible, responde de modo filosófico. En consecuencia un futuro filosófico del derecho tiene que ser versado en ambas disciplinas – un ideal, que naturalmente sólo puede alcanzarse en forma aproximada –, filosofía del derecho no es, entonces,, ciencia del derecho, y sobre todo no es dogmática jurídica¹².

5. LA CASACIÓN: PROCESO CONSTITUCIONAL. PRINCIPIOS Y VALORES

En sintonía con lo depuesto en líneas anteriores el Estado Social y Democrático de derecho como proyecto jurídico aún en constructo, constituye uno de los fines superiores del Estado, lo que implica la constitucionalización del derecho con especial énfasis el penal, el que debe aplicarse en una dirección profundamente garantista e irrenunciable e insalvablemente garantista¹³, haciendo efectivo y prevalente el derecho sustancial. Una única expresión de respeto y protección de los derechos, principios y garantías tanto de lo sustancial como lo procesal. Es por eso que aparece en este estudio la denominada por Calamandrei¹⁴ labor *Nomofiláctica* de la casación, en el sentido de ser esta impugnación dispositiva y extraordinaria en correspondencia con uno de los fines públicos del Estado: el de la efectividad del derecho material y defensa del derecho objetivo. Hecho procesal cuya custodia se logra con el control jurisdiccional atribuido al Tribunal de casación a través de un notorio trámite procesal de control de constitucionalidad. Razón de la que desprendimos el apotegma de ser la casación como recurso extraordinario la viabilizadora de un proceso en el que se hace un juicio lógico y técnico jurídico a la legalidad constitucional de las sentencias. Un nuevo control, al control sobre el control que se hacía años atrás, pero con la gran diferencia que ahora la puesta en sede de casación de las sentencias no depende de

12. Kaufman, Arthur, la filosofía del derecho en la postmodernidad, Editorial Temis. Monografías Jurídicas, Bogotá, 1992.

13. Gracias a esta doble artificialidad- de su “ser” y de su “debe ser”, la legalidad positiva o formal en el Estado Constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es solo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no solo formales si no también sustanciales. *Podemos llamar “modelo” o “sistema garantista” por oposición al paleopostivista*, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiará un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo.

14. CFR. Piero Calamandrei, la casación civil, T II, Buenos Aires. Bibliográfica Argentina, 1962, pág. 102.

aquellos factores que, como de procedencia, eran señalados por el legislador produciendo el quebranto a los derechos fundamentales de los ciudadanos; al ver estos obstruido el camino para llegar ciertos casos al máximo Tribunal por el prurito de la complejidad de los asuntos que debían abordar a tal sede de la justicia.

De allí que en la Ley 906 de 2004 el recurso se torna funcional a los nuevos esquemas procesales del *CERTIORARI* del derecho anglosajón y mexicano, un recurso de amparo para la real protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, lo que también produce ecolalia en la sociedad en general. Significa lo anterior, como lo exponen en su tesis de especialización en derecho probatorio penal en la Universidad la Gran Colombia los estudiantes Oscar Byron Herrera Duque y Angela Viviana López Bermúdez, que en efecto con el nuevo modelo procesal de la acusación cayeron los viejos esquemas con los que se reducía la posibilidad de tramitar el recurso.

Al respecto anotó la Corte Constitucional:

“Al concebir el recurso extraordinario de casación como un control legal y constitucional, se está evidenciando que la legitimidad de la sentencia debe determinarse no solo a partir de disposiciones legales sustanciales y procesales sino también de normas constitucionales en tanto parámetros de validez de aquellas. Y esto en la estructura y dinámica de las democracias constitucionales es comprensible pues de la misma manera como la legitimidad de la ley, incluida, desde luego, la ley penal, no se infiere de sí misma sino de su compatibilidad con el texto fundamental; así también la legitimidad de las sentencias judiciales debe soportarse tanto en la ley como en el ámbito de validez de ésta”¹⁵.

Así pues, control legal y constitucional significan por sinonimia de racionalidad jurídica, adecuación del instituto a referentes constitucionales. Por manera que el recurso extraordinario de casación, integra un proceso de análisis de la constitucionalidad de las sentencias provenientes de instancia en el que se verifica si son resultado de un trámite respetuoso de los derechos fundamentales. Sublime expresión del respeto por la dignidad humana.

En el derecho debe prevalecer la garantía de los derechos fundamentales y las garantías fundamentales. Postulado de integración de las notas sustanciales y procesales con arreglo a

15. Corte Constitucional. Sentencia C-590 junio 8 de 2005. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

la Constitución, las cuales como se dejó evidencia en este ejercicio, deambularon en solitario promocionando serios inconvenientes para la omniconceptión del recurso, incluyendo su sentido teórico. El proceso penal es un escenario de controversia en el cual debe prevalecer la garantía de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. El derecho al debido proceso constituye pilar fundamental de la actuación judicial que de no observarse torna el proceso inconstitucional y obliga al juez que advierta tal irregularidad, a declarar la nulidad en procura de restablecer los derechos quebrantados¹⁶.

Entonces, lo asuntos por resolver desde la concepción no del clásico Estado de derecho, en el que quisieron adormecerse tendencias interesadas en el statu quo, sino desde el modelo actual en su desarrollo como Estado constitucional de derecho, serían entre otros: la acción o inacción del legislativo; el desarrollo de la democracia participativa; la efectividad de los postulados y fines constitucionales; la concepción de constitución; ***el rol de los jueces***; el lugar de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico; la proyección de los derechos y alcances entre particulares y los derechos sociales; además del impacto de la globalización o mundialización sobre el constitucionalismo. Todo lo anterior ***puestos a prueba o analizados en sede judicial, vía control de constitucionalidad***¹⁷. Recuérdese sobre esto último la presentación de la sinopsis legislativa de los fines del proceso penal en Colombia desde 1971.

Por manera que la interpretación constitucional es la reivindicación axiológica de lo jurídico. La doctrina constitucionalista actual adopta un particular modelo constitucional a defender, en el cual La Carta se aplica en razón o en función de su particular contenido y no dependiendo de su desarrollo legal, en ese sentido no será el legislador o la ley la fuente básica o definitiva para el operador de justicia o valor contenido en la Carta, ponderado racionalmente por el juez. En nuestro caso, la casación, a partir de la impoluta aplicación de los principios superiores subyacentes en los fines del instituto procesal, es decir, su fundamentación filosófica. De tal forma se rebasa el modelo ius positivista clásico, en el sentido en que lo que justifica la decisión no será la norma o ley necesariamente, ni su cadena jerárquica, sino la remisión expresa al texto constitucional; el cual le permite un acceso directo al discurso moral-axiológico que esta contempla, lo cual implica una reconsideración en la conexión entre el derecho y la moral. En tal medida se abandona la concepción de un modelo descriptivo de la norma constitucional, es decir, se supera esa perspectiva descriptiva para

16. Sala de Casación Penal. Proveído del 4 de marzo de 2009.

17. La omisión legislativa en Colombia: Entre el control constitucional y el activismo judicial. Artículo de los doctores: Héctor Elías Hernández Velasco y Orlando Pardo Martínez, financiado por la universidad Industrial de Santander y publicado en el tomo IV de Derecho Procesal Constitucional Editores Ltda, capítulo XVII. Pág. 395 y 396.

pasar a un modelo vinculante – prescriptivo- modelado hacia su eficacia material. Por ello, la nueva interpretación jurídica es la que lleva consigo la transformación del mero rito procesal discursivo del recurso extraordinario a un verdadero análisis de la constitucionalidad de una sentencia, que debe arrimar además de las notas de presunción de acierto y legalidad, por aquello de la jerarquía, toda una carga argumentativa de la demostración del respeto por las guardas constitucionales. Esto implica cambios novedosos en el control de constitucionalidad por parte del Tribunal especializado, la administración de justicia propiamente dicha y los efectos peculiares de las sentencia con relación a los corolarios derivados de la extracción de las esencias constitucionales y, finalmente, la hermenéutica jurídica – la ponderación¹⁸.

Así, no es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la jurisprudencia, sino el cumplimiento de esas condiciones y criterios o reglas provenientes de las entrañas de la Constitución. En este trabajo se ha querido dejar ello en claro con el báculo de la filosofía, la cual atiende la razón en su natural concepción tanto humana como jurídica. Por eso mismo su presentación histórica y algo sistemática hace fluir el concepto de la nueva argumentación jurídica de cara a la protección de los derechos y las garantías constitucionales en sede de casación. En la que, así como el amor desde lo sentimental hace posible la unión perfecta, en el caso del derecho la justicia se logra con el matrimonio racional y humano de lo sustancial con lo procesal, es decir, las configuraciones de los derechos fundamentales con el de las formas procesales o garantías; convirtiéndose cada uno de estos elementos en convocados eviternamente para hacer posible el manejo de un concepto de justicia que satisfaga las expectativas de un modelo que, sin lugar a dudas, es más conveniente que aquellos cuyos resultados dejaron ver demolido el derecho y casi muerta la fe y la esperanza de los coasociados.

En tal virtud, no hay que infravalorar la función de la teoría del discurso jurídico racional e ius filosófico como definición de un ideal. Como tal ideal apunta más allá del campo de la jurisprudencia, los juristas pueden ciertamente contribuir con dignidad y decoro a la realización de la razón y de la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. *Ello presupone un orden social racional justo*¹⁹.

18. *Ibidem*.

19. Alexy, Robert. Teoría De La Argumentación Jurídica, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Pág. 279 y 280.

6. LA CASACIÓN CONSTITUCIONALIZADA. RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El éxodo del imperio de la ley, que no del principio de legalidad, al imperio constitucional, significa la crisis del positivismo jurídico que durante largo tiempo, opositor del ejercicio del pensamiento por parte del Juez, ahora éste se ve llamado a la liberación **a trasluz** del argumento de racionalidad para finalmente aplicar la ley. De ahí, con tesón lo decimos, decisión carente de juicio ontológico, epistemológico, sociológico, sin bases de teoría general del derecho, ayunas de conocimiento sobre antropología, impiden la acción de las notas de una orientación pragmática del derecho, de su carácter pluralista, de la unidad matricial de sus temas, de su interdisciplinariedad y de sus aspectos internos y externos, por ende inconstitucional el fallo. Aproximación de lo jurídico a la realidad social, es lo que marca la pauta en la interpretación constitucional, como hermenéutica de protección de los derechos y garantías fundamentales previstas endógenamente en la Carta y exógenamente a través de la aplicación del principio de integración y del bloque de constitucionalidad, Lo que traduce igualmente en la adecuada fenomenología, es decir, la superación del prejuicio, la analítica como estudio del lenguaje jurídico en términos de constitucionalidad y finalmente la crítica.

Así la interpretación constitucional posee ciertos cuidados propios o particulares diferentes de aquellos vigentes para la interpretación del derecho, permitiendo que los jueces tengan mayores posibilidades hermenéuticas en la configuración de respuestas para la casuística en particular. Surgen circunstancias apuntaladas como las siguientes: en primer lugar, porque la interpretación se hace sobre normas elásticas, abiertas e indeterminadas; en segundo lugar, porque la interpretación constitucional está marcada por sólidos valores y principios; en tercer lugar, porque el Tribunal Constitucional, se encuentra en la cúspide de la administración de justicia, por último, por el carácter jurídico político o mixto, tanto de los Tribunales constitucionales como de la materia propia de la interpretación constitucional.²⁰

Colofón de lo anterior, la constitucionalización de la casación prevista en la Carta, impone el respeto al debido proceso constitucional a la casación, el cual en nuestra opinión, inicia con la interposición del recurso y no cuando ingresa a sede con una demanda, lo que en lógica implicará su producto que es la sentencia de casación constitucionalizada. Ello se patentiza en su relación al objeto que es la Constitución, a la finalidad de la actuación en el ámbito jurídico como control constitucional y a la supremacía constitucional, con y por la

20. Villalba Bernié Pablo Dario. Derecho procesal constitucional. Contenidos esenciales. Ediciones Nueva Juridica. 2017 Pags 436-470.

acción de los jueces, que todos son constitucionales, según las previsiones del artículo 230 constitucional, con mayores veras los Magistrado; basados en el culto a los principios y valores. Tarea constitutiva de la naturaleza política del fallo, no partidista.

Por eso la importancia, de detectar si el fallo de casación ha alcanzado su razón de ser como control constitucional, esto es, a través de su ejercicio de ponderación y dinamicidad. El abandono de la simple subsunción del hecho y de la idealización a la efectiva custodia de los derechos y garantías fundamentales y a la dinámica creativa del derecho con sostén en la realidad social. Lo cual supone el caminar conjunto, para efectos de la estructuración de la sentencia de casación, de los derechos y garantías impresos en la Carta en asocio las previsiones de los tratados inherentes a los derechos humanos y a esta clase de garantías, configurativos del bloque de constitucionalidad. .

7. CONCLUSIONES

Verificado cómo la norma implantada en vigencia de la Constitución de 1886, destinada al establecimiento de los fines de la casación, pasó a la órbita del texto constitucional de 1991, señalando al efecto la efectividad del derecho material, la unificación de la jurisprudencia, la reparación del daño inferido a las partes con la sentencia y la protección de las garantías fundamentales; tal acontecimiento significó para el derecho interno que se siguiera atendiendo el contenido literal del precepto en detrimento de la validez jurídica y política de algunas decisiones tomadas en sede extraordinaria.

Razón por la cual por algún tiempo siguió imperando el categórico de las garantías fundamentales sobre el de los derechos fundamentales. Situación que por desatender el contenido constitucional del artículo 230 en el sentido de que los jueces en sus decisiones deben someterse al imperio de la ley – constitucional –, invita a revisar la actitud judicial frente a la comunidad jurídica nacional, académica y progresista del derecho. Filosofía del derecho, no es ciencia del derecho, tampoco dogmática jurídica.

Con ello, situaciones de la magnitud advertida, determinaron y guiaron la mirada filosófica de los juristas para medir hasta dónde tales sucesos obstaculizaron en gran parte el ingreso del prometido Estado social de derecho al seno de la sociedad colombiana. De un lado, porque la administración de justicia siempre constituirá una de las principales funciones públicas monopolizada por el Estado y, de otro, porque si la fundamentación de aquel estriba en el respeto de la dignidad humana, ello denota que por la naturaleza del proceso penal, lo más lógico es pensar que las actuaciones penales deontológicamente, sin excepción, han de mostrarse como uno de los elementos de mayor credibilidad ante la ciudadanía, a fin de que esta no se sienta tratada de manera diversa a la ordenada por la ley mayor.

En ese orden de ideas fluye claro que actualmente en Colombia los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso y, por tanto, el trámite previsto para su desarrollo es un auténtico proceso constitucional en el que se pesan los distintos factores que, llamados a actuar armónicamente en conjunto, garanticen el paso constructor del Estado Social de derecho con base, se insiste, en la aplicación de la justicia constitucional. Con base en la Constitución de 1991 el viejo teorema debió rápidamente variar abriendo camino al nuevo que, como se demostró, no es otro que el de la validez en la apropiación de los derechos fundamentales por parte de todos a favor de los fines estatales y sociales de la casación, la que no sobra recordar, fue parida por un movimiento revolucionario como conquista en oposición al ejercicio omnímodo del poder y de los abusos de quienes lo ostentan.

Por manera que con el nuevo Código de Procedimiento Penal – inclusorio del sistema acusatorio en Colombia – se pone a las claras que efectivamente fue necesario valerse de la norma por la norma para que se viera la casación como un control constitucional, respetuosa del bloque de constitucionalidad y de los derechos fundamentales. Discurso en nada especulativo, amén a que de conformidad con la pluma del legislador, se otea que lo protegido hasta ahora como principal – norma legal y garantías fundamentales- queda inexorablemente relegado por lo dispuesto matricialmente por la Constitución. Elemento de juicio que permite asegurar sin ambages que perdimos más de una década, al resultar obstaculizada la aplicación plena de los mandatos constitucionales, en una de las fortalezas del poder del Estado, cual es la administración de justicia en lo penal. Por lo demás, entiéndese el impacto trascendente de algunas decisiones que ha venido tomando nuestra Corte Suprema de Justicia en marcha el nuevo código de procedimiento penal. Por ejemplo lo relacionado con los derechos que asisten, sin excepción a los procesados penalmente, independientemente de la gravedad del delito cometido. Otro caso el de la trascendencia ontológica en el tema de los hechos jurídicamente relevantes como fundamento de la evacuación de las distintas facetas del proceso penal.

Por todo lo anterior, es indispensable que los jueces no pierdan el norte despistándolo con la mera lógica de los fallos, sino que atiendan con longanimidad y discreción los valores fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados públicos sobre derechos humanos, las garantías penales y procesales, paralelamente con los ideales de la comunidad jurídica nacional e internacional con referente inamovible en la paz, la justicia social, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad etc. Es una luz que entra por las mañanas y parece que en verdad es un desierto.

Pretensión inalcanzable de no crearse el compromiso recíproco de los colegiados, las asociaciones, los gremios, la academia y las distintas personas facturadas dentro de esquemas pluralistas, de cara al intercambio racional de ideas con aquellos cuyas decisiones, se espera, sean fieles al Estado Social de derecho, garantizado a partir de 1991, pero, hecho aciago, no aplicado por distintos intereses.

Tarea nada fácil. Empero, la historia judicial de Colombia espera de la convicción y el denuedo de los verdaderos amantes del derecho, la revolución ideológica que viabilice el rompimiento de la mera garantía normada, por la de la aplicación plena de los derechos fundamentales.

Es que un Estado Social de derecho no es dependiente de la estricta legalidad, porque por encima de la mera formalidad y la misma estructura legal, están los derechos y las garantías fundamentales. De ahí que el Juez deba siempre decidir, creador de derecho, y de otro lado, manifiesta la situación que por ejemplo las desidias, las petulancias, las arrogancias y en términos generales las injusticias, no devienen normativas sino humanas. La conciencia, la inteligencia, el pensamiento racional y lógico, la memoria y la sensopercepción ya no subyacen en las proposiciones de la corriente positivista, más bien en la acción de quienes administran justicia. Resaltamos con esto, el alto relieve de la formación, la educación, la convicción y la vocación con que deben desarrollarse sin excepción, las atrás mencionadas y recordadas facultades mentales. Ese es el antropocentrismo impulsor real del Estado Social de derecho. Cumplido lo mentado, habrá casación constitucionalizada. Caso contrario, no.

La constitucionalización de la casación, se hace apodíctica cuando respetado el debido procesal constitucional a la casación, da como resultado la sentencia de casación constitucionalizada.

Surge imperioso desregionalizar, despolitizar y despolarizar las instituciones, en su lugar humanizarlas, nacionalizándolas en gesto de sinceridad para con el Estado Social de derecho.

<https://www.revistamisionjuridica.com/normas-y-citas-lente-historico-de-la-casacion-en-colombia-delator-de-un-pensamiento/>

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Metafísica* 1006 a 14 -15 en: Antonio González “Surgimiento: Hacia una “ontología “de la praxis” s.f, p 30.
- BOIXADER FERNÁNDEZ, Narciso. *El abogado ante el recurso de casación penal*. S.f.

- CALDERÓN BOTERO, Fabio. Casación y revisión en materia penal. Bogotá: Librería del profesional, 1985.
- DE LA RÚA, Fernando. El recurso de casación en el derecho positivo argentino. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1968.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal Liberal de hoy. Bogotá: Ibáñez, 2002.
- FLORÍAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1990.
- GRAN ENCICLOPEDIA DE COLOMBIA. INSTITUCIONES 2. El tiempo Año 2006.
- IRRAGORRI DIEZ, Benjamin. La Casación Penal en Colombia. Popayán: Universidad del Cauca, 1972. .
- MANRESA y NAVARRO José M. Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil reformada. Madrid, citado por Álvaro Pérez Vivez, en Recurso de Casación. Bogotá: Lex. 1946.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. Una mirada hermenéutica a la cultura política en Latinoamérica y Colombia. Bogotá: Ibáñez, 2008.
- MOREL, Citado por HERNANDO MORALES MEDINA, en Técnica de casación civil. Bogotá: Lerner, 1963.
- RENDÓN GAVIRIA, Gustavo. Curso de procedimiento penal colombiano. Bogotá: Temis, 1962. P. 163.
- ROMERO MONASTOQUE, Jorge H. El recurso de casación penal en la legislación colombiana. Bogotá: Ciencia y Derecho, 1994.
- SAAVEDRA ROA, José Eduardo y MENDOZA PALOMINO, Álvaro. La Justicia social y la Justicia Judicial. En Revista Derecho y Valores No. 10. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2002.

- SANDOVAL LÓPEZ, Rafael. Recurso extraordinario de Casación Penal. Bogotá: Ibáñez, 2008. P. 18-22.
- TORRES R, Jorge E. y PUYANA M. Guillermo. Manual del recurso de casación en materia penal. Medellín: Proditécnicas, 1989.
- TOVAR GONZÁLEZ, Leonardo y otros, La Filosofía en Colombia. S.f <https://www.revistamisionjuridica.com/la-casacion-de-recurso-extraordinario-a-proceso-constitucional-de-la-sentencia-penal-a-partir-de-sus-fines/>

CAPÍTULO IV

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

*Namphi A. RODRÍGUEZ.**

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde el punto de vista ontológico, el Derecho del Consumidor se define como aquel que regula las relaciones y los intereses que se estructuran entre consumidores y usuarios, y entre éstos y el Estado. En ese tenor, el objeto de estudio de esta disciplina jurídica se extiende no sólo a las normas que reglan los vínculos entre los proveedores y los consumidores como destinatarios finales de los productos y servicios que se comercializan en el mercado, sino que comprende también la regulación de servicios públicos o servicios económicos de interés general, competencia desleal, alimentos, medicamentos, medio ambiente y toda una gama de normativas que tutelan derechos de incidencia colectiva que pueden resultar afectados o amenazados y cuyas repercusiones atañen al interés general.

El Derecho del Consumidor está conformado como un microsistema de normas pluridisciplinario que persigue fundamentalmente la protección de los derechos patrimoniales, a la salud y a la seguridad de las personas que adquieren productos y servicios y que prescinden en su acto de obtención de beneficios como empresarios.

Cuando hablamos de heterogeneidad del Derecho del Consumidor nos referimos a su carácter híbrido es decir, al hecho de que en él confluyen normas de Derecho Privado y

* Abogado y catedrático. Master en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Maestría en Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU) y Master en Derecho de la Administración del Estado del Instituto Global de Altos Estudios Sociales y la Universidad de Salamanca, de la cual es Doctorando en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social. Especialista en Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Washington College Law. Catedrático universitario. Socio-Director de Jus Legis-Abogados S.R.L. y presidente de la Fundación Prensa y Derecho Inc. Miembro de la ACDPC y de la AMJC. namphirodriguez@gmail.com.

normas de Derecho Público. Pero, no cabe duda de que, en la perspectiva actual, es el enfoque de Derecho Público el que predomina. El Derecho del Consumidor se encuentra ubicado en el mismo corazón del Estado social, puesto que a través de sus normativas se manifiestan concretamente valores constitucionales supremos como la dignidad humana, el derecho a la salud, a la seguridad o a la *información objetiva, veraz y oportuna*. El fundamento de esta regulación es la protección de un consumidor débil en una relación de subordinación estructuralmente desigual frente a un proveedor todo poderoso. Surge así la necesidad de una tutela pública que prevenga los riesgos y amenazas del mercado.

Esta suma de características ha propiciado la aparición de un nuevo derecho estatutario, denominado de consumo o de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que ha nacido como consecuencia de la proliferación de una sucesión de normas tendentes a la protección del individuo y de los intereses difusos como respuesta a una serie de fenómenos de origen diverso, de entre los que cabe conferir especial relevancia al desarrollo tecnológico que ha incrementado el nivel de riesgo que el individuo debe soportar y ha generado un aumento del poder adquisitivo y de la calidad de vida.¹

Para Farina el Derecho del Consumidor y del Usuario adquiere una dimensión exacta en la hora actual, ya que determina las obligaciones, deberes, derechos y facultades de quienes intervienen en las relaciones jurídicas emergentes de las contrataciones sobre bienes y servicios ofrecidos y volcados al mercado, para ser adquiridos a los fines previstos en la ley.²

Bonfanti sostiene que el objetivo del Derecho del Consumo es construir un derecho de compra, en oposición a un derecho de venta. Se aplica una aproximación objetiva que surge de imperativos superiores de igualdad, seguridad y equilibrio contractual. Los productos y servicios ofrecidos en el mercado deben presentar una seguridad conforme a la legítima expectativa de los consumidores.³

El Derecho del Consumidor parte de la base de una situación de confrontación bipolar de intereses en la cual los polos están representados, de un lado, por los consumidores, y del otro, por los proveedores. Se trata de un fenómeno de conflicto “humano” que (...) no obstante tener su origen en acontecimientos económicos, va mucho más allá de sus implicaciones.⁴

1. REYES LÓPEZ, María José, *El Derecho de Protección a los Consumidores y Usuarios en el Ámbito Estatal*, en *Derecho de Coordinador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 27.

2. FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y Usuario*, Ed. Astra, Buenos Aires, 2008, pág. 3.

3. BONFANTI, Mario A., *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 27.

4. RUSCONI, Dante D., *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 2.

A juicio de Stiglitz, nuestra materia es un sistema global de normas, principios e instituciones de implementación, consagrado por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios.⁵

En tal sentido, el Derecho del Consumidor no es un “cuerpo jurídico aséptico de la realidad”, sino que más bien es una activa garantía de morigeración y equilibrio en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero, surge aquí el riesgo de conceptualizar el Derecho del Consumidor desde una perspectiva meramente económica, lo cual reduciría esta disciplina a una dimensión de menor cuantía, sobre todo si la vemos en el contexto de un consumidor o un colectivo de consumidores para quienes los costos que implica la judicialización de los procesos podrían ser mayores que los intereses envueltos.

Su objeto de estudio no es el *consumo* como fenómeno de mercado y desde una perspectiva economicista, sino que lo que esta disciplina aborda es el conflicto en las relaciones de consumo, es decir, las tensiones que se generan entre consumidores y proveedores y entre éstos y la Administración.

Rusconi insiste en que el factor genérico del derecho del consumidor radica en la situación de debilidad estructural o hiposuficiencia, que es consecuencia de un cúmulo muy heterogéneo de situaciones, de las cuales la cuantía económica del perjuicio es una de ellas.⁶

De ahí que no debe hacerse nunca una referencia economicista del Derecho del Consumidor, ni mucho menos inferir que los tribunales de menor jerarquía en que se ventilan sus casos implica que se trate de un derecho de menor cuantía.

Los derechos de los consumidores tienen una dimensión social y masiva de incidencia colectiva que está intrínsecamente relacionada con la satisfacción del interés general que debe garantizar el Estado. Esa es una *sombrilla jurídica* que reconoce nuestra Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor y del Usuario (LGPDCU) en su artículo 93 cuando establece que, “el consumidor o usuario tiene derecho a ser escuchado en forma individual o colectivamente”. El carácter colectivo de los derechos de los consumidores es lo que va a permitir hacer frente de manera preventiva al daño a escala general que pueden causar los proveedores.

5. STIGLITZ, Rubén S. – Stiglitz, Gabriel A. Ley de Defensa del Consumidor, una primera versión de conjunto.

6. RUSCONI, Op. Cit., pág. 21.

Cobra gran importancia la actividad de control del Estado en su función administrativa de vigilancia del mercado y de las actividades de los proveedores, a modo de desalentar con su intervención la proliferación de prácticas comerciales nocivas para los consumidores y la comercialización de productos o servicios potencialmente dañosos. Se hace necesario identificar la fuente que amenaza la causación de perjuicios e intervenir rápidamente desbaratando las consecuencias perjudiciales futuras.

Para ello es necesario contar con cuerpo legales que otorguen a las autoridades atribuciones y mecanismos idóneos para el obrar preventivo, brindar capacitación a los agentes públicos para identificar la contingencia del daño y dotarlos de recursos e infraestructura acordes con tal tarea.⁷

Empero, en este aspecto hay que señalar que la defensa de los consumidores no entraña un derecho contrario a las fines de las empresas ni a la producción de riqueza. Muy por el contrario, la existencia de buenas prácticas empresariales y el respeto de los derechos de los consumidores y usuarios propician un crecimiento económico saludable que incentiva corporaciones fuertes capaces de competir en el mercado global. De manera que el escenario no es el de una guerra entre consumidores y empresarios, sino más bien de un vínculo de cooperación y responsabilidad social de ambos.

Pero, no sólo esto, ramas del Derecho Empresarial, como la defensa de la competencia o la propiedad intelectual, son latentes al derecho de los consumidores, pues la existencia de monopolios de hecho, de concentración de empresas, oligopolios y productos pirateados pueden convertirse en medios que impidan la libertad de elección de los consumidores, arrastrándolos forzosamente a contratar en condiciones desventajosas o perjudiciales para sus intereses económicos.

Desde la perspectiva del derecho dominicano, el Derecho del Consumidor es una rama del derecho protectorio de raigambre constitucional que se funda en un orden público económico y que social que se le impone en sus relaciones a los particulares.

2. EL UMBRAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Desde las economías históricamente más remotas, el régimen feudal, el surgimiento del capital de trabajo en la revolución industrial, hasta el liberalismo económico, el consumidor se

7. **IBIDEM**, pág. 24.

ha convertido en el motor del desarrollo, pues ha devenido en el destinatario de todo cuanto se produce y comercializa.⁸

De ahí que la aparición en la década de los años 30 del Siglo XX en los Estados Unidos de la Unión de Consumidores (*Consumers Union*) representó un verdadero hito que daría lugar a un amplio movimiento académico, político y social en la defensa de estos derechos. *Consumers*, que aún es un poderoso brazo de articulación de los derechos de los consumidores, tiene como objetivo no sólo reportar condiciones peligrosas y generalmente insospechadas que afectan los alimentos, las medicinas y los cosméticos, sino también, en la medida de lo posible, ofrecerle al consumidor un mecanismo de defensa contra dichas condiciones.

Con *Consumers* inició en las sociedades más desarrolladas un movimiento que planteaba la necesidad de aprobar un *corpus juris* para proteger a los consumidores de aquellas prácticas del mercado que les pudieran resultar lesivas. Hoy ese movimiento se aglutina alrededor de la Organización Internacional de Uniones de Consumidores (IOCU), por sus siglas en inglés), con más de 250 miembros procedentes de 115 países.

La resultante de ese movimiento ha sido varias directivas de las principales organizaciones internacionales (ONU), Unión Europea y organismos regionales de comercio) que han servido de guía para las legislaciones nacionales sobre los derechos de los consumidores y los usuarios.

Así surgió el Derecho del Consumidor como una atenuación del principio de autonomía de la voluntad de las partes y de la concepción del liberalismo económico del *laissez fair* para dar paso a una mayor regulación pública de los mercados económicos en aras de la salud, la seguridad, los intereses patrimoniales y la información para los consumidores.

La fuerza incontenible de la realidad ha ido forjando una materia de contenidos eminentemente pragmáticos, que se ha valido de los institutos jurídicos clásicos, modernizando y readecuando los contenidos de modo de una renovada utilidad para la vida cotidiana del hombre moderno. Este empirismo fundante del derecho del consumidor le ha servido, a la vez, de núcleo y motor de expansión.

El amplísimo horizonte de incumbencia de la materia es prueba irrefutable de ello y tiende a seguir extendiéndose. Rebatiendo la versión inicial mezquina, se ha generado una

8. Una relación más detallada de los orígenes y evolución de los derechos de los consumidores desde el Edicto de Precios de Diocleciano del año 301 en Roma aparece en la obra colectiva *Manual de Derecho del Consumidor*, coordinada por el profesor Dante D. Rusconi, a partir de la pág. 66.

oxigenada corriente en la doctrina autoral y jurisprudencial “*consumerista*” que se viene consolidando gracias a una notable uniformidad en torno a la interpretación amplia de sus axiomas. El principio *indubio proconsumidor*, el valor del derecho-deber de información, el orden público inherente a la materia, la amplitud del concepto de relación de consumo, la *objetivización* de la responsabilidad por daños, los nuevos remedios procesales, entre otros, sirven de eje a una teoría coherente y uniforme en constante crecimiento útil. Esta visión coyuntural no implica que sus conceptos sean transitorios, sino todo lo contrario. Los principios del derecho del consumidor han adquirido la suficiente madurez para preservarse como tales, es decir, como valores perennes en derredor de los cuales se encuentran soluciones a una realidad que por naturaleza es mutable y compleja.⁹

2.1. John F. Kennedy y los Derechos de los Consumidores

Bien pudiéramos hacer un extenso recuento histórico sobre los orígenes y evolución del derecho del consumidor que situaría su génesis en el Edicto de Precios Diocleciano en el año 301 que puso “costo a la avidez” de los comerciantes. Sin embargo, es a partir de la primera organización de consumidores del mundo *Consumers* cuando el debate por los derechos de los consumidores va a adquirir ribetes relevantes que le llevarán a inscribirse en la denominada tercera generación de derechos humanos.

En ese proceso surge en el año 1947 en Dinamarca el Consejo Danés del Consumidor como una entidad independiente de los poderes públicos y de los intereses comerciales que, en esencia, va a articular los intereses de los consumidores para mediar entre éstos, las empresas y las autoridades.

Pero, fue el célebre “mensaje especial al Congreso sobre la protección de los intereses de los consumidores” del presidente estadounidense John F. Kennedy el que puso en contexto la necesidad de crear marcos jurídicos reguladores para garantizar los derechos de los consumidores.

Este discurso se contextualiza en un escenario de creciente presión social de los movimientos de consumidores movidos por el aumento de la productividad de las empresas en los Estados Unidos y en la necesidad de crear una masa de consumidores capaces de absorber los bienes y servicios que generaba la economía.

9. **IBIDEM**, pág. 27.

Los ejes del mensaje del presidente Kennedy fueron los siguientes:

- a) Los consumidores son el mayor grupo de personas en la economía, pero son los únicos que no están efectivamente organizados y cuyas opiniones no son escuchadas.
- b) Es obligación del Estado proteger los intereses de los consumidores.
- c) Si a los consumidores se les ofrecen productos inferiores o a precios exorbitantes, si los medicamentos son peligrosos o inútiles o si el consumidor no está en condiciones de elegir sobre la base de la información y pierde su dinero, su salud y su seguridad, puede estar en peligro y verse comprometido el interés nacional.
- d) El mejor uso posible de los ingresos puede contribuir al bienestar de la mayoría de las familias y significar un incremento del ingreso.
- e) El aumento de la tecnología genera oportunidades y dificultades y hace necesario el dictado de nuevas leyes.
- f) Muchos de los productos de uso diario o doméstico son muy complejos.
- g) Las posibilidades de elección del consumidor se ven influenciadas por la publicidad de masas, altamente desarrollada en “las artes de la persuasión”.

El mensaje de Kennedy reconoció cuatro derechos básicos de los consumidores: derecho a la seguridad, a la información, a elegir y a ser oído. Es este el momento cumbre que va a marcar un punto de inflexión en la sociedad capitalista moderna.

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En la República Dominicana, la protección de los derechos de los consumidores es una materia relativamente reciente que se ha ido afianzando en la medida en que se consolida un régimen de economía social de mercado.

Nuestros primeros atisbos legislativos de protección directa de estos derechos surgieron en 1951 con la Ley 4451 que instituía el Comité Nacional de Control de Precios Máximos de Artículos de Primera Necesidad, durante la dictadura de Rafael L. Trujillo. Luego, en 1963, en el gobierno democrático de Juan Bosch, se aprobó la denominada Ley 13 del 27 de abril de 1963, de Protección a la Economía Popular y que creó la Dirección de Control de Precios, adscrita al Ministerio de Industria y Comercio.

Dicha Ley ejerció su vigencia plena hasta principios de la década de los noventa, cuando el país suscribió los acuerdos que dieron paso a la Organización Mundial de Comercio (OMC), a partir de cuyo momento se empezó a modelar una economía social de mercado que ha inclinado la balanza hacia la regulación del mercado, en vez de apostar al control de precios, propiciando un ambiente de competencia entre los agentes empresariales para mantener una política de precios equilibrada.

Pese a que desde mediados de los años noventa del siglo pasado en el país surgió un heterogéneo conjunto de normas sectoriales que hacían alusión a los derechos de los consumidores y usuarios, no fue sino hasta el año 2005 cuando se aprobó la Ley 358-05, de Protección a los Derechos del Consumidor o Usuario (LGPDCU), que dio paso a un verdadero marco jurídico general protectorio de los derechos de los consumidores y de los usuarios.¹⁰

Posteriormente, la Constitución del 26 de enero del 2010 otorgó la máxima jerarquía normativa a los derechos de los consumidores al elevarlos al rango de derechos fundamentales. En tal sentido, el artículo 53 de la Constitución desarrolla el precepto constitucional de la siguiente manera: “*Toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consuma, bajo las previsiones y normas establecidas por la ley. Las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes y servicios de mala calidad, tienen derecho a ser compensadas o indemnizadas conforme a la ley*”.

El artículo precedentemente citado está inserto en la Sección II del Capítulo I, de los Derechos Fundamentales, en el contexto de los Derechos Económicos y Sociales, lo cual implica que estos derechos están blindados del sistema de garantías y tutelas que establece los artículos 68 y siguientes de la Constitución, muy especialmente, el amparo constitucional.

Sin duda, que la inclusión de los derechos de los consumidores y los usuarios en ese catálogo constitucional y la aprobación de la Ley 358-05, LGPDCU, coloca el sistema jurídico dominicano en un nivel de elevación notable en cuanto se refiere al Derecho del Consumidor, que propicia el desarrollo de una doctrina y una jurisprudencia importante sobre la materia.

10. Como reacción a dicho proceso de reforma por la supresión de la vieja Ley 13 del 27 de abril de 1963, de Control de Precios, se generó una acción de inconstitucionalidad ante el TC, que desembocó en la sentencia TC/0048/13 del 9 de abril de 2013., en la cual el tribunal decidió que es atribución del legislador, ordinario modificar y derogar leyes, incluyendo, por supuesto, la regulación de ciertas actividades económicas. En ese sentido, al derogar en el caso de la especie la Ley No. 13-1963, lo cual generó a su vez la desaparición de la Dirección de Control de Precios, el legislador de la Ley No. 358-05, articuló otros mecanismos eficientes y distintos a los anteriores para proteger los intereses de los consumidores o usuarios.

Luego se ha ido desarrollando una sostenida legislación en el ámbito de la Ley General de Salud, 42-01, la Ley General de Medio Ambiente 64-00, Ley 166-12, del Sistema Dominicano de Calidad (SIDOCAL), y una profusa regulación reglamentaria sectorial en actividades económica y jurídicamente reguladas como telecomunicaciones, fondos de pensiones y salud, banca, seguros, electricidad, etc.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO DEL CONSUMIDOR

Ha sido el notable administrativista argentino Roberto Dromi,¹¹ en su bien ponderado Tratado de Derecho Administrativo, quien ha puesto en cuestión el principal desafío del Derecho Administrativo en el siglo XXI, al decir que sobre esta rama de las ciencias jurídicas recae la tarea nada liviana de “tornar operativa a la ecuación política entre los derechos fundamentales del individuo y las competencias públicas del Estado”.

Los hombres de cada generación tienen su tiempo, su pasado, su historia y su futuro, y ello determina el derecho a la propia interpretación histórica de su realidad. En este orden el sistema de derecho administrativo de principios del siglo XXI preserva las premisas sociológicas e históricas que le dieron un espacio autónomo en el orden de la ciencia del Derecho, pero a su vez incorpora elementos *vigenciales* que hacen a su especialidad contemporánea, teniendo en cuenta que se trata de un tiempo de cambios continuos y repentinos que obedecen a una sociedad tecnificada y en rápida transformación.¹²

A este juicio ha agregado Blanquer que el Derecho Administrativo visto desde el prisma de la galopante contemporaneidad *no tiene en la limitación del poder público su único objetivo, sino que su esencia consiste en la permanente búsqueda del inestable equilibrio entre los intereses generales y los derechos de los ciudadanos.*

Toda esa sinergia jurídico-económica que se ha dado entre el modelo económico de mercado y el Estado social imponen al Derecho Administrativo la ineluctable tarea de pacificador social, creando el necesario equilibrio entre los derechos de los más débiles, el interés general y las garantías a la libre empresa.

En tal sentido, el Derecho del Consumidor, que surgió como Derecho de Consumo apegado a las reglas del Derecho Privado, es Derecho Administrativo duro. Más aún si tenemos a la vista la prestación de servicios públicos por agentes privados bajo esquema de la regulación económica.

11. **DROMI**, Roberto, *Derecho Administrativo*, ed. Hispania, Buenos Aires, 2006.

12. **IBIDEM**, pág. 73.

Una de las transformaciones que aporta el Estado regulador es la capacidad de superar la bifurcación de los intereses individuales y los intereses generales del Estado-nación. De esta innovación deriva la relativización del dogma que separa de forma radical el Derecho Público y el Derecho Privado, como si fueran agua y aceite que no pueden mezclarse. Uno de los rasgos característicos del Estado liberal y burgués del siglo XIX era la radical contraposición entre los intereses públicos del Estado y los intereses privados de los individuos que componen la sociedad. Frente a esa visión maniquea y bipolar, en el nuevo Estado regulador se produce una aproximación entre uno y otros intereses. Ni el sector privado es ajeno a la satisfacción de los intereses colectivos, ni los poderes públicos pueden prescindir del objeto de proteger los intereses individuales. El resultado es un ordenamiento jurídico más complejo que combina en distintas dosis el Derecho Público y el Privado.¹³

Pudiéramos afirmar, pues, que el Derecho del Consumidor comprende una faceta privada y una faceta pública. A través del prisma de la primera estudiaremos la relación que existe entre proveedor y consumidor y, mediante la segunda, nuestro enfoque estará dirigido a las distintas acciones del Estado para tutelar a través de políticas públicas el control de los derechos de los consumidores, evitar daños y garantizar los servicios públicos.

Lo que queremos poner de relieve es que el Derecho del Consumidor hace que confluyan en él normas de Derecho Privado y Derecho Público, pero que su función principal es actuar como una especie de “malabarista equilibrante” para llevar justicia a la relación de consumo.

5. ¿QUIÉNES SON CONSUMIDORES Y USUARIOS?

Si nos atenemos a un enfoque etimológico, el vocablo *consumidor* deriva del latín *consumere*, que significa consumir. Luego, consumidor es aquel que consume. Y consumo es el gasto de aquellas cosas con el uso se extinguen o destruyen.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la noción de consumidor y usuario no es pacífica, pues existen una serie de perspectivas que van a definir un umbral protectorio desde distintos ángulos. Un primer enfoque a tomar en consideración es el legal, pues el legislador varía de un ordenamiento nacional a otro al momento de definir dicho concepto. Y más aún, dentro de una misma legislación pueden encontrarse varias acepciones, como cuando la ley se refiere a consumidor como un concepto abstracto, sinónimo de ciudadano o persona expuesta a un perjuicio (derechos colectivos) y, de otro lado, el consumidor concreto como

13. BLANQUER, David, Derecho Administrativo, Tomo I, Valencia, 2010, pág. 127.

titular de un derecho subjetivo, que es un referente de quien interviene en un contrato o una relación de consumo.¹⁴

Más aún, sobre este último aspecto, hay cambios fundados en el espectro de la tutela. En algunos países como Argentina y Brasil, la noción de consumidor está vinculada con una *relación de consumo*, concepto que abarca una serie de situaciones precontractuales y de expectativas de derechos que no alcanzan aquellas legislaciones que han adoptado el modelo del *contrato de consumo* como el elemento característico de su régimen protectorio, caso este último de la República Dominicana.

Del modelo legislativo van depender cuestiones tales como: a) el “consumidor típico”, que da un uso final al bien que adquiere; b) el sujeto que interviene en la operación (persona jurídica o física); c) consumidores equiparados y conexos (personas que se encuentran expuestas a una situación de riesgo derivada de una relación de consumo de la que no han sido parte); d) familiares y cualquier otra persona que guardando relación con el adquirente principal sea afectado; e) personas de “expectativa constante o de tutela permanente”, que no requieren una afectación concreta y que están referidas al ámbito protectorio colectivo de estos derechos, entre otros.

Situaciones como las anteriormente citadas nos llevan a formularnos la interrogante de si puede reclamar como consumidor el tercero que sufre una lesión resultante de un contrato de consumo entre un asegurado y una aseguradora o, pura y simplemente, debe proceder contra la compañía de seguro en los términos que se lo permita la póliza.

Y ni pensar en una serie de situaciones en las que las propias empresas adquieren bienes y servicios que no serán objeto de transformación ni comercialización en el mercado y para los cuales invocan la protección de la ley de defensa de los consumidores.

14. José Pascual Fernández Gimeno (Los Consumidores y Usuarios como Sujetos Afectos a una Especial Tutela Jurídica, en Reyes López, Op. Cit., pág. 67) comenta que el concepto abstracto de consumidor se equipara a ciudadano. Sirve para atribuir derechos a los ciudadanos en general en su condición de consumidores. Esto es lo que se desprende de los derechos básicos de los ciudadanos como consumidores reconocidos en la Constitución y en la propia LGPDCU cuando regula los derechos de educación e información, seguridad, sanidad, medidas preventivas y garantías ante los daños que se pueden ocasionar por el consumo de productos. En esta noción de consumidor se contempla al consumidor no en su sentido técnico de participe en un acto de consumo, sino con independencia de éste. El hecho de la intervención en un acto de consumo es definitivamente para otorgar protección al consumidor abstracto, concurran en él o no los requisitos subjetivos. Su protección viene dada por la garantía constitucional y por su carácter de ciudadano, de administrado que le lleva a gozar de una protección de sus derechos con independencia de que pueda ser o no consumidor en los términos que utiliza la ley. Los derechos reconocidos al consumidor en sentido abstracto pueden ser ejercidos en defensa de los intereses generales de los consumidores, sin necesidad de atender a la participación del protegido en un determinado acto de consumo.

Empero, la mayor parte de la doctrina ha estado dominada por la idea del fin que se dará al producto o servicio que se adquiere. Así, lo relevante para este sector es que quien interviene en el acto de consumo sea el *destinatario final* del bien objeto de la operación.

El elemento nuclear de la definición (de consumidor) lo constituye la exigencia de que se trate de un destinatario final. Esto es, esos bienes, productos y servicios deben aplicarse a la satisfacción de sus propias necesidades, personales o familiares, no pudiendo integrarse en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.¹⁵

Se pudiera afirmar, sin duda, que el hecho de que el sujeto sea el *destinatario final* y la idea de que la prestación de un servicio esté excluida de una relación laboral, son las dos premisas básicas que la mayor parte de las legislaciones contemplan para definir al consumidor y al usuario.

Claro, reconocemos las complejidades propias de la sociedad actual, muy especialmente en el amplio horizonte de las tecnologías de la información y el Internet, que han ido haciendo más laxo este concepto.

Por esa razón, nosotros somos partidarios de un concepto de consumidor y usuario más incluyente y menos restrictivo. Desde el punto de vista de la doctrina, hemos adoptado la siguiente definición siguiendo a Rusconi toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios para satisfacer necesidades propias, así como la colectividad de ellas y quienes de cualquier manera se encuentran expuestos a las consecuencias de la elaboración o comercialización de aquellos bienes, en el marco de un vínculo caracterizado por la situación de vulnerabilidad que implica el relacionamiento directo o indirecto con un proveedor profesional.

6. EL CONSUMIDOR Y EL USUARIO EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA

La noción de consumidor o usuario que ha consagrado el legislador dominicano es un correlato del desarrollo legislativo del artículo 53 de la Carta Sustantivo que los constitucionalizó.

La LGPDCU ofrece un concepto unitario, pero no indistinto, de los términos de consumidor o usuario, definiéndolos como aquella *persona natural o jurídica, pública o*

15. IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, Consumidores y Usuarios, en Muñoz Machado, Santiago y otros, Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 2005, pág. 653.

*privada, que adquiera, consuma, utilice o disfrute productos y servicios, a título oneroso, como destinatario final de los mismos para fines personales, familiares o de su grupo social.*¹⁶

Cuando decimos que la noción es unitaria, pero no indistinta nos referimos al hecho de que el legislador ha querido denominar consumidor a quien compra productos y bienes, y usuario a quien contrata servicios. Pese al dislate sintáctico de la conjunción en esta breve definición, el núcleo duro de la misma radica en que el adquirente sea un destinatario final de los productos o servicios con un objetivo personal, familiar o de su grupo social.

Un análisis literal del artículo 3, letra “d” de la Ley, nos lleva a afirmar que la figura del consumidor nace estrechamente vinculada al contrato de consumo. Cuatro son los elementos constitutivos de la noción de consumidor para el legislador dominicano. A saber: i) un sujeto, que puede ser una persona natural o jurídica; ii) que sea el destinatario final, iii) el bien puede estar dirigido al uso familiar o de su grupo social y, iv) el acto de consumo debe ser a título oneroso. Analicémoslos por separado:

i) **Persona Natural o Jurídica:** La noción más concreta de consumidor es la de persona natural o física que procura bienes y servicios para su consumo. Sobre ese punto no hay controversia. Sin embargo, cuando el legislador dominicano incluye las personas jurídicas dentro de su definición abre un campo de discusión más amplio, porque estamos hablando de empresas o institucionales que, aunque estén animadas por el afán de lucro, pudieran adquirir bienes o servicios para un uso final y no para aumentar su plusvalía. Una parte de la doctrina criolla cree que con esa inclusión la ley dominicana busca proteger al sector de las pequeñas empresas, a fin de propiciarle un ámbito de crecimiento y seguridad. Por cierto, opinión que nosotros no compartimos, puesto que hay que tener en cuenta que la ley nos ofrece una perspectiva teórica subjetiva muy restrictiva, matizada por el elemento del destinatario final.

En su lugar, hubiese sido deseable que el legislador precisara en qué situaciones las personas jurídicas pueden ser clasificadas como consumidores finales, a los fines de evitar confusiones y distorsiones de la tutela que la ley ofrece al consumidor como la parte débil del contrato de consumo.

16. Nuestra LGPDCU hace referencia a las figuras del consumidor y del usuario utilizando la conjunción “o” en vez “y”, denotando un dislate de los redactores que asumen ambas figuras como idénticas, pese a que se ha dicho que el consumidor disfruta de bienes y el usuario de servicios. Por economía del lenguaje, nosotros emplearemos a veces el vocablo consumidor, pero conscientes de que nos estamos refiriendo también al usuario.

Por esa razón las personas jurídicas sólo deben ser consideradas como consumidores cuando son instituciones sin fines de lucro (fundaciones, organizaciones, partidos políticos, etc.) o cuando son destinatarias finales y económicas de los bienes que adquieren.

En este último caso, deben darse dos condiciones a ser sustanciadas: a) el producto adquirido no debe poseer conexión directa con la actividad económica de la empresa y, b) se debe demostrar su hipersuficiencia (fáctica, jurídica y técnica) por ante el proveedor.

Aceptar lo contrario implicaría que los bienes adquiridos por quienes ejercen la actividad de la pequeña y mediana empresa continuarían insertos en el proceso productivo, lo que quebraría el concepto fundamental de la ley que es el *destinatario final*.

¿Quiere decir esto que solamente los pequeños consumidores están protegidos por el derecho del consumidor? Obviamente que no. La tutela comprende todo aquel que al momento de adquirir un bien o servicio sea su destinatario final, familiar o de su grupo social.

No obstante lo dicho, no dejamos de reconocer lo afirmado por Rusconi cuando destaca que *una visión expansiva y pragmática del régimen especial indica que existen operaciones llevadas a cabo por “sujetos profesionales” (personas que intervienen en el mercado habitualmente como proveedores), que implican la inserción o utilización tangencial del bien en su actividad productiva o comercial y, no obstante ello, puede propiciarse que, dadas determinadas condiciones, también merecen la tutela del régimen especial que ampara a consumidores y usuarios. De igual modo, los actos de consumo de naturaleza mixta, que implican en simultáneo la satisfacción de necesidades personales o propias del sujeto, es decir, un beneficio propio y también su utilización comercial o lucrativa, da lugar a la flexibilización de las pautas legales para brindar protección a los sujetos que intervienen en esas operaciones que se encuentran a mitad de camino entre el consumo doméstico y el consumo lucrativo.*¹⁷

ii) **Que el Sujeto sea el Destinatario Final:** Ante la ausencia del concepto de *relación de consumo* de la legislación dominicana, se impone una concepción contractualista al momento de determinar quién es consumidor en la que la noción más “tipificante” de nuestra materia es la de *destino final*: el bien tiene que salir de la cadena de comercialización y pasar a ser consumido o extinguido económicamente, perdiendo su valor de cambio y desapareciendo del mercado. En otras palabras, se debe cerrar el ciclo producción y consumo.

17. RUSCONI, Op. Cit., pág. 145.

Aquí lo fundamental es que el sujeto de derecho realice la operación para satisfacer una “necesidad final”, sin la intención de obtener una ganancia mediante la posterior enajenación del bien, ni de emplearlo en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado.

La LGPDCU, en la letra “d” agrega que, *no se consideran consumidores o usuarios finales quienes adquieran, almacenen, consuman o utilicen productos o servicios con el fin de integrarlos a un proceso de producción, transformación, comercialización o servicios a terceros.*

Para la doctrina los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, ya sea de manera genérica o específica.¹⁸

La ley dominicana ha caracterizado el consumo final como aquel que está dirigido a satisfacer necesidades personales, familiares o del grupo social. Es decir, al consumo personal o grupal, no profesional.

Claro, el juzgador ha de tener a la vista situaciones que son muy peculiares que no dejan dudas respecto de la condición de consumidor, como la del titular de un vehículo de motor que lo adquiere y luego lo revende por necesidad o por interés de comprar otro mejor.

iii) **El Bien Puede estar Dirigido al Uso Familiar o de su Grupo Social:** Partiendo de la definición contractualista y finalista de consumidor, al incluir el uso familiar o del grupo social, el legislador amplía el espectro protectorio para los consumidores y usuarios.

Como puede verse, bajo la lógica de las normas de protección al consumidor, la noción de consumidor no se restringe a la persona que adquirió el producto, sino que tiene un alcance mayor, una significación amplia, pudiendo abarcar a personas que, si bien no adquirieron el producto, disfrutaron de éste, algo imposible bajo la lógica de la responsabilidad civil.¹⁹

18. Sobre este asunto, **RUSCONI** (IBIDEM, pág.145) pone de relieve que es bueno tener presente que “destino final” no es lo mismo que “beneficio propio”. El destino final es una noción netamente objetiva, de carácter económico, que alude a la extinción económica del bien, a la pérdida de su valor de cambio; por el contrario, beneficio propio es una idea subjetiva que indica el interés a satisfacer tenido en cuenta por el sujeto al llevar a cabo el acto de consumo; se consume para satisfacer necesidades personales y sin ánimo de transformarlo u oficiar de intermediario.

19. **VILELA CARBAJAL**, Jorge Eduardo, *La Protección del Consumidor en la Jurisprudencia del Indecopi*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, pág. 18.

De manera que la protección no sólo favorece a quienes contratan para su consumo final, sino que una tutela que asuma una interpretación *pro consumidor* se extiende al grupo familiar o social. Se debe entender por grupo familiar al conjunto de personas que caracterizan una familia, no necesariamente un matrimonio, en los términos del artículo 55 de la Constitución.

La palabra “social” debe interpretarse en el sentido genérico (...) para referirse a todo grupo que se caracterice por vínculos de familiaridad, amistad, solidaridad, instituciones de bien común, etc.²⁰

A estas nociones hay que agregar la incidencia colectiva de los derechos de los consumidores que declara el artículo 93 de la LGPDCU. De manera que en nuestra Ley pueden distinguirse perfectamente dos tipos de consumidores: de un lado, un *consumidor concreto*, que se refiere al sujeto individualmente determinado en virtud de una relación jurídica que tiene como objeto la adquisición de bienes y servicios para su uso final y, de otro lado, un *consumidor genérico o abstracto*, que incluye a todas las personas que son potenciales adquirentes de bienes y servicios igualmente como destinatarios finales.

iv) **Consumidor a Título Oneroso:** Sin duda que una limitante de nuestra ley es la exigencia de que el acto de consumo sea a título oneroso. Las legislaciones modernas incluyen en la tutela a toda persona que adquiera o utilice productos y servicios de manera gratuita u onerosa. Los derechos de los consumidores implican derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud o el derecho a la información objetiva, veraz y oportuna. No sería razonable que una persona no reciba la tutela de estos derechos por el simple hecho de que sea un consumidor a título gratuito. Los consumidores son destinatarios de bienes fabricados por los empresarios para distribuirlos gratuitamente e independientemente de la condición de onerosidad o gratuidad deben estar protegidos frente de la insalubridad o la falta de información.

El artículo 34 de la LGPDCU consagra en cabeza del proveedor una obligación de indemnidad frente al consumidor, de forma que los productos y servicios deben ser suministrados en condiciones que no representen peligro o nocividad para los consumidores y usuarios. Además, se ha demostrado que en las políticas de marketing de las corporaciones, los regalos no son exactamente liberalidades, sino medios de atracción de los clientes.

20. FARINA, Op. Cit., pág. 55.

Por esa razón, nosotros somos tributarios de la definición del artículo 53 de la Constitución, que no hace distinciones entre tipos de personas ni condición del acto de consumo. Amén, cualquier dificultad que se presente al momento de decidir la tutela se debe revolver a la luz del artículo 74 de la Carta Sustantiva, que manda que se haga la interpretación más favorable al titular del derecho.

6.1. El Proveedor

La Ley describe al proveedor como aquella *persona física o jurídica, pública o privada, que habitual u ocasionalmente, produce, importa, manipula, acondiciona, envasa, almacena, distribuye, comercializa o vende productos o presta servicios en el mercado de consumidores o usuarios, incluyendo los servicios profesionales liberales que requieren para su ejercicio un título universitario, en lo que concierne a la relación comercial que conlleva su ejercicio y la publicidad que se haga de su ofrecimiento o cualquier acto equivalente.*²¹

Lorenzetti nos detalla las características de la figura del proveedor:

- La noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asienta en el acto del consumo, es claro que este elemento distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes.
- La noción de proveedor se separa de las tradicionales utilizadas en el Derecho Privado por esa razón: comprende a todos los que ofrecen.
- El segundo elemento está vinculado a la profesionalidad, ya que no todos los que ofrecen son jurídicamente proveedores...
- El tercer elemento es la oferta para el consumo, lo que excluye una amplia categoría de sujetos que ofrecen al sector empresarial.
- Es una calificación transversal en el Derecho Público y Privado, con lo cual puede haber proveedores en el sector público como en el privado, siempre que lo hagan con destino al consumo.
- El proveedor (como el consumidor) puede ser nacional o extranjero.

21. Artículo 3. 1 de la LGPDCU.

- El proveedor es definido en base a la oferta profesional, que puede ser habitual u ocasional...²²

Sobre el elemento de la profesionalidad, la LGPDCU hace alusión a que el proveedor puede ejercer su actividad “habitual u ocasionalmente”. No expresa que debe hacer de ella su profesión principal, sino que lo haga de “manera habitual u ocasionalmente”. Esto es importante porque hay quienes ofrecen bienes y servicios en el mercado de consumidores sin hacer de esta actividad su profesión habitual, pudiendo ocasionar lesiones a los derechos de los consumidores.

La Ley no hace ninguna alusión al elemento de que el proveedor obtenga beneficios o utilidades de su actividad. Este inadvertido aspecto parece no tener trascendencia, pero sí la tiene cuando pensamos en las entidades mutualistas o cooperativistas que ofrecen bienes y servicios al público. En principio, esas instituciones no son movidas por una filosofía de lucro como pasa con una empresa común. Sin embargo, ofertan productos y servicios en el mercado de consumidores.

Pudiéramos decir que para la ley es indistinto que obtengan o no beneficios, la no finalidad lucrativa no es óbice para que los sujetos sean calificados como proveedores, aquí debe operar el *principio de favorabilidad* para una interpretación amplia de la tutela que el legislador ofrece al consumidor, para así evitar que eventualmente se puedan afectar sus derechos.

Como ocurre en la legislación comparada, la definición de proveedor es bastante amplia en la ley a fin de evitar que una eventual conducta perjudicial para los consumidores escape a su aplicación. En ese sentido, la expresión persona jurídica no requiere de mayor calificación, sin importar por ello si los fines que la orientan son de naturaleza lucrativa o no, siempre que presten servicios de manera habitual a cambio de una contraprestación económica.²³

Lo relevante es que el sujeto debe “producir, importar, manipular, acondicionar, envasar, almacenar, distribuir, comercializar o vender productos o prestar servicios en el mercado de consumidores o usuarios, ya sea de forma “habitual u ocasionalmente”.

22. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubizal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 110- 111.

23. En un comentario a una resolución del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), de Perú, Vilela Carbajal (Op. Cit., pág.23) subraya que “la naturaleza no lucrativa de una persona jurídica no impide que, por la consecuencia de sus fines, desarrolle actividades económicas, esto es, que preste servicios o comercialice productos a cambio de una retribución o pago, actividades que, en tal sentido, no difieren de las prestadas por cualquier otro operador comercial y que eventualmente pueden afectar los derechos de los consumidores”.

La LGPDCU consagra un sistema de responsabilidad solidaria, por lo que no importa que haya existido o no una relación directa entre el proveedor y el consumidor, el hecho de que lo haga a través de un tercero o de un franquicia no le libera.

6.2. Los Profesionales

En relación a los servicios profesionales que requieren títulos universitarios para su prestación, nuestro legislador los ha incluido en el rango de los proveedores de servicios, contrario a otras legislaciones que han optado por excluirlos reservando la protección sólo a que el órgano de aplicación de la ley de consumidores lo notifique a las colegiaturas que le aglutinan.

La opción de la ley dominicana es la correcta, pues el contrato de servicios profesionales es un instrumento en el que hay un notable desequilibrio, en el que una parte profesional tiene conocimientos específicos que son ignorados por la otra parte que los contrata. Ahora bien, habría que preguntarse si una asesoría que se ofrezca gratuitamente a un usuario perfecciona el contrato de consumo y somete al profesional al régimen tuitivo de los consumidores y usuarios. El artículo 3.j de la LGPDCU se refiere a los servicios profesionales liberales “en lo que concierne a la relación comercial que conlleve su ejercicio” y en su letra “d” dice que el consumidor debe adquirir los servicios a título oneroso.

Respecto de esta expresión (“en lo referente a la relación comercial que conlleve su ejercicio y la publicidad que se haga de su ofrecimiento o cualquier acto equivalente”), a que alude la parte *in fine* del artículo 3.j, debemos decir que esto es un *ripio* de la ley argentina sobre la materia, país donde los servicios de profesionales no están regidos por las normas de protección de los consumidores.

En nuestro caso habría bastado con una redacción que no incluyera la expresión en lo referente a “la publicidad que se haga de su ofrecimiento o cualquier acto equivalente”, porque esto se refiere al efecto vinculante de la publicidad, cuestión importante en el sistema jurídico argentino porque aunque el profesional está excluido de la noción de proveedor, el hecho de hacer publicidad podría implicar la aplicación del estatuto del consumidor a favor del usuario del servicio, debido a que las previsiones publicitarias integran el contrato de consumo.

Desde el otro ángulo, no podemos dudar que cuando un abogado o un médico adquieren bienes para su desempeño profesional, lo hacen como consumidores, no como proveedores profesionales; puesto que una computadora, el mobiliario o un equipo van destinados al consumo final o beneficio propio.

6.3. Normas que Integran el Derecho del Consumidor

Con Farina compartimos el criterio de que la LGPDCU constituye un capítulo muy importante de este derecho, pero no lo agota. En todo el ordenamiento positivo se abre un gran abanico normativo que tiene por objeto la salvaguarda y la tutela de estos derechos.

Como se ha dicho, “el derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instituciones de implementación, consagrado por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios”.

En tal sentido, el artículo 53 de la Constitución dispone que: *Toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consuma, bajo las previsiones y normas establecidas por la ley. Las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes y servicios de mala calidad, tienen derecho a ser compensados o indemnizados conforme a la ley.*

Esta disposición constitucional otorga la máxima jerarquía normativa de nuestro ordenamiento al derecho del consumidor, por lo que está revestido de todas las garantías del sistema jurídico y, sobre todo, de la tutela constitucional del amparo.

Igualmente, cualquier iniciativa que pretenda limitar estos derechos se tendrá que articular respetando su *contenido esencial* a través de una ley, pues si observamos la redacción del artículo veremos que tiene reserva formal de ley. Más aún, dicha reserva se refiere a la categoría de ley orgánica que contempla el artículo 112 de la Constitución, pues se trata de un derecho fundamental.

Pero, el desarrollo legislativo de esta disposición constitucional lo vamos a encontrar en la LGPCU, de la que, sin contradicción, debemos decir que es sólo un capítulo, esencial y trascendente, de dicho ordenamiento, pues el *corpus juris* del consumidor se extiende a través de instrumentos como las leyes de Salud, Medio Ambiente, Telecomunicaciones, Seguros y Fianzas, Banca, Electricidad, Seguridad Social, Código Civil, Código de Comercio, ordenamiento penal, Ley de Defensa de Competencia, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Seguridad Social, etc.

A su vez, las leyes sectoriales y generales van a generar una prolija actividad reglamentaria para desarrollar los principios constitucionales, el ordenamiento general de los consumidores, así como de las normas específicas de cada sector.

Sobre todo a la luz del mandato de la LGPDCU que ordena que todas aquellas entidades públicas creadas por leyes especiales responsables de organizar y asegurar la prestación de bienes y servicios, deben tener políticas y programas específicos de protección a los derechos a los consumidores o usuarios de dichos servicios.

Para trazar esas políticas, las entidades deben tener muy en cuenta la terminología del artículo 2 de la Ley que reza así: “Las disposiciones referentes al derecho del consumidor y usuario son de orden público, imperativas y de interés social, y tendrán un carácter supletorio frente a las disposiciones contempladas en las leyes sectoriales”.

En lo referente a la eficacia de estos ordenamientos, el artículo 135 de la Ley dispone que cuando se trate de casos que sean materia de leyes sectoriales, el consumidor o usuario reclamará sus derechos con apego a lo establecido en dichas leyes y sus reglamentos. En caso de contradicción entre las disposiciones de la Ley 358-05 con las disposiciones contenidas en leyes sectoriales y sus reglamentos, se aplicará la disposición que resulte más favorable al consumidor. Si hay duda, prevalecerán las disposiciones de la LGPDCU.

A esto hay que agregar el correlato de los principio *favor debitoris*, que se expresa en el artículo 74.4 de nuestra Constitución cuando manda a que, en caso de contradicción entre derechos fundamentales, se incline la balanza del lado del titular que invoca el derecho, siempre procurando armonizar los bienes e intereses protegidos.

Sobre este particular, hay que afirmar que si bien la recepción normativa es importante, no es suficiente, pues los sistemas jurídicos deben conciliar la existencia de las normas legales con efectivos mecanismos y garantías de implementación.

El punto de partida para una adecuada tutela legal radica en un amplio reconocimiento legislativo de derechos básicos para los consumidores, derechos que, una vez establecidos, serán susceptibles de ampliaciones o recortes, pero no podrán desconocerse. Resulta trascendental jurídico normativa con que tales derechos son incorporados al ordenamiento, siendo vital, como veremos que acontece en nuestro país, un generoso estatuto constitucional. Este estatuto legal jerarquizado garantiza un nivel mínimo e irrenunciable de protección por imperio de los principios generales que gobiernan la aplicación e interpretación de las normas, salvaguardando la materia de cualquier interpretación mezquina.²⁴

24. RUSCONI, Op. Cit, pág. 64.

7. MÁXIMA JERARQUÍA NORMATIVA

Como hemos visto, los derechos de los consumidores y los usuarios recibieron su partida de nacimiento en el ordenamiento jurídico dominicano con la Ley 358.05, de Protección a los Derechos del Consumidor o Usuario (LGPDCU), del 19 de septiembre del 2005. Casi un lustro después, el 26 de enero del 2010, se proclamó la Constitución que los incluyó en el catálogo de los derechos fundamentales, bajo el epígrafe de los Derechos Económicos y Sociales, con lo cual se le otorgó su acta de bautismo constitucional.

Esto quiere decir que tras la Constitución del año 2010, los derechos de los consumidores y los usuarios están blindados con la máxima jerarquía normativa en el *corpus juris* dominicano como derechos fundamentales conjuntamente con otros nuevos derechos como los derechos del medio ambiente, del patrimonio cultural y de la seguridad social.

El artículo 53 de la Constitución dispone que, *toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consuma, bajo las previsiones y normas establecidas por la ley. Las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes o servicios de mala calidad, tienen derecho a ser compensadas o indemnizadas conforme a la Ley.*

La fórmula dogmática del artículo 53 de la Constitución se desprende una doble dimensión: a) por un lado, el derecho de toda persona a disponer de bienes y servicios de calidad y a proteger sus intereses y, b) por otro lado, el deber del Estado de tutelarlos asegurando que las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes o servicios de mala calidad sean compensadas o indemnizadas conforme a la ley.

Pero, este deber de protección no es sólo exigible al Estado, sino también a los proveedores de bienes y servicios, que están obligados a garantizar la protección de la vida, la salud, la seguridad física y síquica,²⁵ amén de la reparación oportuna de los consumidores y usuarios (arts. 100 y 102 de la LGPDCU y 1382 del Cód. Civil).

25. El artículo 34 de la LGPDCU enuncia el principio de protección general del consumidor y del usuario frente a los productos y servicios que ofrecen los proveedores en el mercado. En tal sentido dispone: "Los productos y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, consumidos o utilizados en condiciones normales o previsibles, no presenten peligro o nocividad ni riesgos imprevistos para la salud y la seguridad del consumidor o usuario. Los riesgos previsibles, usuales o reglamentariamente admitidos, deberán ser previamente puestos en conocimiento de los consumidores y usuarios a través de instructivos o señales de advertencias fácilmente perceptibles o por cualquier otro medio apropiado para garantizar la seguridad del consumo del producto o uso del servicio".

La interpretación de estos derechos y garantías se debe hacer a la luz del artículo 74-4 de la Constitución, de manera que son operativos directamente y no dependen de su desarrollo legal o reglamentario; además de que los poderes públicos que interpretan y aplican lo deben hacer de la forma que sea más favorable al consumidor y al usuario.

Sobre el carácter no limitativo, es importante reseñar que al destacar el acceso al consumo *toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad*, el derecho a la información y el derecho a la tutela judicial y administrativa, el artículo 53 no ha querido hacer una enunciación taxativa de cuáles son los derechos de los consumidores y los usuarios.

Más bien, se ha optado por una fórmula más enunciativa o indicativa. Como subraya Pérez Bustamante en alusión al artículo 42 de la Constitución argentina: “Un marco lo más genérico y flexible posible, no reglamentarista conforme a los mandatos de una correcta técnica legislativa constitucional (y de ahí el carácter enunciativo de la enumeración de derechos), y que ese fue el motivo de la inclusión de derechos básicos que funcionan a la manera de guías para el dictado de la legislación específica”.²⁶

Es decir, el artículo 53 de la Constitución dominicana incluye tres o cuatro derechos básicos o fundamentales de los consumidores y usuarios, pero eso no significa que sean los únicos protegidos, más bien se trata de “una guía para el dictado de la legislación específica”. Así, pues, es el artículo 33 nuestra LGPDCU la que enuncia los derechos fundamentales de los consumidores y los usuarios. A saber, y sólo también a título enunciativo:

- a) La protección a la vida, la salud y la seguridad física en el consumo o uso de bienes y servicios.
- b) La educación para el consumo y el uso de bienes y servicios.
- c) Recibir de los proveedores por cualquier medio de mensaje de datos, Internet, servicios de mensajería, promoción o cualquier otro medio análogo; una información veraz, clara, oportuna, suficiente, verificable y escrita en idioma español sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como también sobre sus precios, características, funcionamiento, calidad, origen, naturaleza, peso, especificaciones en orden de mayor contenido de sus ingredientes y componentes que permita a los consumidores elegir conforme a sus deseos y necesidades, así como también cualquier riesgo que eventualmente puede presentar.

26. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho del Consumidor*, Editora Astrea, Buenos Aires, 2004., pág. 43.

- d) La protección de sus intereses económicos mediante un trato equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes y servicios.
- e) La reparación oportuna y en condiciones técnicas adecuadas de los daños y perjuicios sufrido por el consumidor, siempre y cuando el riesgo o daño no haya sido previamente informado por el proveedor.
- f) Asociarse y constituir agrupaciones de consumidores y usuario de bienes o servicios.
- g) Acceder a los órganos jurisdiccionales correspondientes para la protección de sus derechos y legítimos intereses, mediante un procedimiento breve y gratuito.
- h) Acceder a una variedad de productos o servicios que permitan su elección libre, al igual que le permitan seleccionar al proveedor que a su criterio le convenga.
- i) Vivir y trabajar en un medio ambiente digno y sano que no afecte su bienestar ni le sea peligroso.

Pero, además, en la teleología constitucional de los derechos de los consumidores y los usuarios lo que debe prevalecer es el carácter expansivo y vinculante que tienen estos derechos en su relación con otras prerrogativas fundamentales.

Así vemos que al estipular que *toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad*, la Constitución dominicana hace alusión directa al derecho a la salud (art. 61 de la Constitución), que es un correlato del derecho a la vida (art. 37), así como a “una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consuma” como garantía de calidad e indemnidad.

En esta última parte encontramos una manifestación latente del derecho a la información expresado a través del *deber de información*, incluso con la previsión constitucional se trata de una información *objetiva, veraz y oportuna* que evite que el consumidor pueda caer en error, engaños o riesgos.

El derecho a la información se erige de esta manera en uno de los derechos fundamentales del consumidor, puesto que contribuye a ejercer la libertad de elección y a la prevención de conflictos y daños en sentido amplio.²⁷

27. **IBIDEM**, pág. 59.

Y, aunque no haya una alusión expresa, nadie duda que en un sistema económico social de mercado, los derechos de los consumidores tienen un vínculo indisoluble con el derecho de defensa de la competencia y el control de los monopolios (art. 50 de la Constitución) y con el derecho a la calidad y la eficacia en los servicios públicos (art. 147 de la Constitución).

8. LOS DESAFÍOS DEL ESTADO SOCIAL

Al principio fundacional del Estado de Derecho de que *todas las personas nacen libres e iguales ante la ley*, el salto al el Estado Social (artículos 7 y 8) que proclama la Constitución dominicana le ha revestido de un andamiaje concreto de instituciones y garantías para garantizar una igualdad real que asegure la efectividad de los derechos fundamentales.

En la Constitución encontramos diversas manifestaciones del Estado Social. Por una parte, *existen mecanismos de compensación de desigualdades*. Esos están destinados a buscar la igualdad real y efectiva de la que habla el artículo 39.3 de la Constitución, en cuya virtud el Estado debe proveer las condiciones jurídicas y administrativas al efecto y adoptar medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión. En consecuencia, la Constitución establece la debida protección del Estado respecto a la familia (art. 55.3), a las personas menores de edad (art. 56), de la tercera edad (art. 57) o con discapacidad (art. 58). En segundo lugar, cabe hablar de *mecanismo de equidistribución* y en tal sentido, según el artículo 238, corresponde al Estado realizar una distribución equitativa del gasto en el territorio. Su planificación, programación, ejecución y evaluación responderán a los principios de subsidiaridad y transparencia, así como a los criterios de eficiencia, prioridad y economía”. Ya antes, el artículo 196, Párrafo, indica que, sin perjuicio del principio de subsidiaridad, el Estado procurará el equilibrio razonable de la inversión público (...) y el artículo 217 incluye la redistribución de la riqueza como uno de los principios rectores del régimen económico...²⁸

En lo referente a los derechos de los consumidores y los usuarios, pese a que no hay un reconocimiento explícito en el artículo 53 de la Constitución de la desigualdad que se da en la relación entre consumidores y proveedores, lo cierto es que esa *hiposuficiencia* se hace intolerable a nuestro ordenamiento a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta Política, que proclaman un Estado Social que tiene por función esencial el respeto de la dignidad humana y la obtención de los medios que le permitan a las personas perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva.

28. ALONSO DE ANTONIO, José Antonio, Principios Valores y Fines de la Constitución Dominicana, Comentarios a la Constitución de la República Dominicana, Tomo I, González Trevijano y otros, La Ley, 2112, Madrid, pág. 264.

Así, pues, en la Constitución hay un hilo transversal que busca pasar de esa igualdad formal a una igualdad real y que se expresa neurálgicamente en su artículo 39.3 cuando se proclama que, el Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad, sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión.

Precepto que encuentra su blindaje procesal en el artículo 74.4 al disponer que, los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular del mismo y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución.

Estas disposiciones constitucionales repercuten en la LGPDCU en su artículo 1 cuando subraya que el objeto de la misma es *establecer un régimen de defensa de los derechos del consumidor y usuario que garantice la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores, consumidores de bienes y usuarios de servicios, sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeros, en armonía con las disposiciones al efecto contenidas en las leyes sectoriales.*

Más adelante el mismo artículo, prescribe que en caso de duda, las disposiciones de la ley serán siempre interpretadas de la forma más favorable para el consumidor.

En ese sentido, en el momento en que el juzgador se aboca a buscar una solución a un conflicto se debe guiar esencialmente por los principios de interpretación de los artículos 74.4 y 53 de de la Constitución, dejando a un lado el sistema de solución de conflictos normativos inspirado en las reglas de la antinomias legales tradicionales y dando paso al principio de favorabilidad.

9. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

La *constitucionalización* de los derechos de los consumidores y usuarios le otorga una centralidad al elevar el principio protectorio a la máxima jerarquía normativa en los ordenamientos internos. Con la sola excepción de Chile y Uruguay, la mayor parte de las naciones de la región han receptado los derechos de los consumidores y usuarios en sus constituciones. Por esa razón, citamos a continuación las fórmulas que las distintas constituciones iberoamericanas han optado por consagrar estos derechos.

Constitución de España

Art. 51. **Defensa de los consumidores.** 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Constitución de Portugal

Art. 60. **Derechos de los consumidores.** 1. Los consumidores tienen derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación y a la información, a la protección de la salud, de la seguridad y sus intereses económicos, así como también a la reparación de daños. 2. La publicidad es regulada por la ley, siendo prohibidas todas las formas de publicidad oculta, indirecta o dolosa. 3. Las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo tienen derecho, en los términos de la ley, al apoyo del Estado y a ser oídas sobre cuestiones que tengan que ver respecto a la defensa de los consumidores, reconociéndoseles legitimación procesal para la defensa de sus asociados o de intereses colectivos o difusos.

Constitución de Brasil

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: ... XXXII. El Estado proveerá, en forma de la ley, la defensa del consumidor. El art. 170, inserto dentro de título VII: Del orden económico y financiero, cap. I: De los principios generales de la actividad económica, señala: “El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la iniciativa, tiene por fin asegurar a todos existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observando los siguientes principios: ... V. Defensa del consumidor...”.

Constitución de Argentina

Art.42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

Constitución de Colombia

Art. 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicio, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Constitución de Costa Rica

Art. 46. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

Constitución de Guatemala

Art. 119. Obligaciones del Estado. Son obligaciones fundamentales del Estado: ...La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos...]

Constitución de México

Art. 28. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

Constitución de Venezuela

Art. 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

Constitución de Ecuador

Art. 92. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la presentación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta.

El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

Constitución de Perú

Art. 65. El estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Así mismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Constitución de Bolivia

Art. 107. I. El Estado regulará, controlará y supervisará la explotación de bienes nacionales y la presentación de los servicios públicos, por entidades públicas o personas privadas y la defensa de los usuarios por intermedio de las Superintendencias creadas por ley.

Constitución de Paraguay

Art. 38. Del derecho a la defensa de los intereses difusos. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del habitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

Constitución de la República Dominicana

Art. 53. Toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use y consuma, bajo las previsiones y normas establecidas por la ley. Las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes y servicios de mala calidad, tienen derecho a ser compensadas e indemnizadas conforme a la ley.

10. RELACIÓN DE CONSUMO

La elevación a rango constitucional de los derechos del consumidor y del usuario pudo haber sido una excelente oportunidad para dar el salto cualitativo para consagrar expresamente en nuestro ordenamiento la figura de la *relación de Consumo*, como aconteció en 1994 en Argentina, de manera que se superó el contractualismo de la Ley 24.240, que regula esta materia en ese país sudamericano.

Cuando hablamos de *relación de consumo*, estamos haciendo un enfoque en el que se abarca todas las situaciones en que el sujeto de derecho es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la *relación de consumo* el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles.²⁹

Rinessi sostiene que la relación de consumo es la relación jurídica que se integra entre aquel que asume un deber jurídico al que ostenta un derecho subjetivo. No hay duda de que la consabida relación prescinde de su fuente, por cuanto ella está aprehendiendo el contenido, independientemente del hecho generador que le ha dado nacimiento. Concretamente, cuando esta relación se vincula al proveedor por alguna razón se vincula al consumidor o usuario por

29. LORENZETTI, Op. Cit., pp. 84- 85.

lo que podría decirse que la relación jurídica es de consumo.

Es decir, un vínculo jurídico en sentido técnico, propio de la ciencia jurídica, que implica la obligación de una o ambas partes de cumplir con aquellos deberes, impuestos por el derecho, que consisten en dar, hacer o no hacer algo por una persona a favor de otra. Una de las fuentes del vínculo jurídico es el contrato; mas este vínculo puede derivar de comportamientos observados por las partes, de los que pueden resultar perjuicios o detrimentos de los derechos del consumidor.³⁰

De lo que hablamos es de que el enfoque de la *relación de consumo* está fundado en una especie de relación social más allá que una relación contractual, “en virtud de la cual determinadas situaciones de hecho, aptas para la satisfacción de algunos fines e intereses, son considerados por el grupo social dignos de protección, razón por la cual se le reconoce a los sujetos de la relación facultades o *prerrogativas*, y se le imponen los correlativos deberes”.³¹ De lo referido, puede resultar una tutela para situaciones extracontractuales que se dan entre el proveedor y el consumidor e, incluso, para terceros que no figuran en el contrato.

11. CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL PLEXO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Si hay una característica que es notable en la Constitución dominicana es su carácter normativo. Frente a las pasadas constituciones, la Carta Sustantiva se erige como un instrumento jurídico que no sólo enuncia o enumera los derechos, sino que concibe un sistema de garantías jurisdiccionales e institucionales para hacer efectivas las prerrogativas que consagra a favor de las personas.

Así el artículo 8 de la Carta Política establece que la función esencial del Estado es la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse, lo cual viene antecedido por proclama de que la República Dominicana es *un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.*

30. FARINA, Op. Cit. pp. 117- 118.

31. MOISSET DE ESPANÉS, citado por Farina, *Ibidem.* pág. 118.

Estos enunciados encuentran abrigo en el mismo texto constitucional cuando expresa (art. 68) que los derechos fundamentales vinculan todos los poderes públicos, de forma que *la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de mecanismos de tutela y protección, que ofrecen la posibilidad de obtener satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos.*

Y a seguidas se detalla (art. 69 y siguientes de la Constitución) un catálogo de garantías para la tutela judicial efectiva de esos derechos que incluye el debido proceso para la defensa de los derechos e intereses legítimos, la acción de amparo, el Hábeas Data y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La LOTCPC al enunciar el principio de efectividad ha sentado que, *todo juez o tribunal debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos, respetando las garantías mínimas del debido proceso y está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada....*

Es decir, no estamos ante una Constitución que, a decir de Lasalle³², sea un “pedazo de papel” o un desiderátum, sino que asistimos a una realidad normativa y jurídicamente tangible que procura una tutela efectiva de los derechos de las personas. O más modernamente, como dijera Ferrajoli³³ a un *constitucionalismo argumentativo o principalista* (caracterizado por la configuración de los derechos fundamentales como valores morales distintos a las reglas) frente *constitucionalismo normativo o garantista* (en el que los derechos fundamentales son reglas fuertes o normas).

Para Pérez Luño estos derechos constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos en un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho) o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad derivada de la dimensión colectiva de la vida humana (Estado Social de Derecho).

La Constitución dominicana se inscribe dentro del constitucionalismo social que tuvo sus precedentes más remotos en la Constitución de Querétaro de 1917, pero que se afianzó en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Para esta clase de estados constitucionales ha sido un desafío determinar el nivel de exigibilidad y cumplimiento que se otorga a los

32. LASALLE, Ferdinand, *Qué es la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

33. FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista*.

derechos económicos y sociales y la efectividad de la tutela judicial para cada uno de ellos. El debate sobre las normas que otorgan derechos económicos y sociales ha sido prolijo y se discute si muchos de esos derechos son realmente exigibles como derechos subjetivos ante los tribunales.

De este debate se derivan una serie de cuestiones, tales como, ¿cuáles son los criterios que se deben adoptar para proveer vivienda digna a las personas? ¿Cómo se garantiza la efectividad del derecho a la salud? ¿Cuál es el papel del juez en el aseguramiento de los derechos de los colectivos?, y, muy especialmente, ¿cuál es el impacto presupuestario para los gobiernos de las decisiones judiciales al tutelar estos derechos?

Culturalmente no se admite que mediante sentencia se ordene la realización de infraestructuras, como pudiera ser la construcción de una escuela, para garantizar, en parte, el derecho a la educación, o la construcción de un hospital, para garantizar, en parte, el derecho a la salud. Se entiende que tales conquistas deben ser logradas vía la lucha popular o la concertación social.³⁴

Todo esto ha llevado a la doctrina de la progresividad³⁵ de estos derechos, sentada esencialmente en la idea de que estas prerrogativas son exigibles para los Estados en la medida en que sus condiciones económicas y presupuestaria se lo permitan, en el caso de América Latina, y en lo referente a la Constitución española estos derechos representan

normas programáticas o criterios que orientan las políticas públicas, pero no derechos subjetivos exigibles mediante las garantías procesales ante la justicia.³⁶

34. Acerca de este aspecto, HERMOGENES ACOSTA DE LOS SANTOS nos comenta que, “sin embargo, el padrón cultural anterior se ha superado, en gran medida, en algunos países donde tribunales ordenan la realización de obras públicas. Tales decisiones no son aceptadas de manera pacífica por las instituciones sobre las cuales recae la ejecución de las mismas, con cierta razón, -hay que reconocerlo-se quejan de los trastornos en el orden presupuestal que se genera. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Positivización y Protección Judicial. Especial Referencia al Sistema de Justicia Constitucional de la República Dominicana, en Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, editora Búho, Santo Domingo, 2017, pág. 17)

35. Al comentar esta problemática, Angel J. Sánchez Navarro (Los Derechos y Libertades, en Comentarios a la Constitución de la República Dominicana, González-Trivajano, Pedro y otros, La Ley, Madrid, 2012, pág. 403) recuerda que, por ejemplo, el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone que los Estados Partes del mismo se compromete(n) a adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Algo similar a lo que hace la Convención Americana sobre los Derechos Humanos al prever, en su art.26 (único del Capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que los estados parte se comprometen a adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos... en la medida de los recursos disponibles.

36. Al hacer una ponderación del principio de progresividad a la luz de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el TC, mediante sentencia TC/0203/13 del 13 de noviembre de 2013, el TC ha subrayado que “esta prioridad responde de manera directa al compromiso de los Estados, que conforman el sistema interamericano de Derechos Humanos, de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de

Claro, en el caso dominicano, la razón fundamental de ser del Estado es su cláusula de lo cual quiere decir que si es realmente un Estado de esta característica, la plena vigencia y exigibilidad de los derechos económicos y sociales no está en tela de juicio.

Más aún, estos derechos son prerrogativas fundamentales que forman parte del catálogo de derechos más sensibles de nuestra Constitución, dotados de garantías procesales para su ejercitación o reclamación. No pasa como en la Constitución española, donde estos derechos están insertos en el capítulo III del Título I, bajo el epígrafe “De los Principios Rectores de la Política Social y Económica”.

En naciones como Alemania, en Europa, o Colombia, en América Latina, se ha acudido a la doctrina del “mínimo vital” o de la justiciabilidad indirecta de los derechos económicos y sociales a través de los derechos civiles y políticos para garantizar la tutela de algunos de estos derechos.

Sin embargo, el debate sobre la exigibilidad de estos derechos no se manifiesta con la misma intensidad en todo el ámbito de los derechos económicos y sociales, pues hay distintas modulaciones de la tutela; es decir, no es lo mismo el derecho a la vivienda que el derecho al trabajo o el derecho de propiedad que el derecho a las seguridad alimentaria. Los dos primeros de cada grupo tienen un ámbito de tutela reconocido en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Los segundos (derecho a la vivienda y seguridad alimentaria) son derechos de tercera generación que aún no han perfeccionado sus garantías para su vigencia efectiva de manera universal.

Este no es el caso de los derechos de los consumidores y usuarios. La libertad de empresa y, muy especialmente, el enorme despliegue que han experimentado en los últimos tiempos los llamados sectores regulados de la economía que prestan servicios públicos de interés general, han obligado a contrapesar la balanza con un reconocimiento pleno de los derechos de las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información *objetiva, oportuna y veraz* sobre los productos que consumen y a reclamar estándares de seguridad en el mercado de consumidores.

los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, tal y como lo prescribe el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto significa que “los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos”, lo que a su vez “exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales”, y, por tanto, exige además “el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos”. Aquí se encuentra la base del principio de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una dimensión tanto individual como colectiva, por lo que su desarrollo progresivo se debe medir teniendo presentes los imperativos de la equidad social (Ver en el mismo sentido TC/0093/12).

En nuestro caso, se trata de un correlato de máxima jerarquía normativa como derechos fundamentales, lo cual le provee la garantía de la acción de amparo y ha propiciado un desarrollo legislativo y reglamentario que hace una realidad irrefutable su exigibilidad judicial.

12. DIALÉCTICA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional (TC) de la República Dominicana ha señalado que el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, se configura como un derecho que sólo puede ejercitarse en el mercado, que consiste en la libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo de acuerdo con la ley. El valor jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, libertad que solo podría estar limitado, de acuerdo con el citado artículo 50 de la Constitución, por las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes.³⁷

A juicio de Canosa Usera³⁸ la Constitución dominicana contempla la libre actividad económica y contiene una garantía de la competencia que asegura, como principio rector, el artículo 217 (componente esencial del mercado). La libre iniciativa económica se refuerza en el artículo 219, incluyendo entre los principios rectores del régimen económico (Sección I, Capítulo I, Título XI) la encomienda al Estado de fortalecerla y encauzarla con políticas para promover el desarrollo del pueblo. Pero estas políticas estatales se habrán de inspirar en el principio de subsidiaridad; es decir, se pone coto al intervencionismo estatal que solo podrá invertir, incluso creando monopolios estatales, cuando no puedan los particulares atender las necesidades económicas nacionales.

El intérprete de la Constitución dominicana entiende que la libertad de empresa no equivale a la ausencia de reglas, pues como derecho de raigambre social y económica en la estructura constitucional dominicana se contrapesa contra con otras prerrogativas fundamentales y está sujeta a la modulación de los poderes públicos. La protección de la libertad de empresa, y su consecuente reconocimiento constitucional, es un imperativo en el marco de una economía social de mercado. En ese tenor, las relaciones privadas (horizontales) que se puedan derivar de la libre empresa también están sujetas a los principios constitucionales.³⁹

37. Sentencia TC/0535/15 del 1 de diciembre de 2015. 11.21.

38. CANOSA USERA, Raúl, *La Nación, el Estado y sus Principios Fundamentales. El Estado Social y Democrático de Derecho*, en *Comentario a la Constitución Española*, Casas Baamonde, María Emilia, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y otros, Ed. F. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 85- 86.

39. Siguiendo al Tribunal Constitucional peruano, nuestro TC ha hecho una ponderación del debido proceso horizontal en la sentencia TC/0002/15 del 28 de enero de 2015, en la cual ha citado que, “ cuando se trate de una institución de derecho privado (...), cualquier afectación sobre el contenido de derechos fundamentales [...] es

Por esa razón, los derechos de los consumidores o usuarios nacen como una necesidad del principio de *Estado social* y de la función esencial de ese Estado de garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas y el respeto de su dignidad.

Así, pues, de la decimonónica teoría liberal del derecho napoleónico fundada en la autonomía de la voluntad, que concebía a las partes en el contrato como sujetos racionales en igualdad de condiciones y que hacía votos por la buena fe y el efecto relativo de las convenciones, hemos pasado a una tutela legal y constitucional diferenciada a favor de los más débiles, de los más vulnerables en la relación de consumo, a favor de los consumidores.

Lo que a veces se denomina crisis del contrato no es nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad, la titulada decadencia no es tanto la del ámbito del contrato, es la de la libertad contractual, es decir el derecho de los contratantes de determinar cómo lo entienda su relación contractual.⁴⁰

De esa manera el Derecho del Consumidor, emerge como una construcción de la sociedad de masas y ante la imperiosa necesidad de garantizar la salud, la dignidad de las personas y de tutelar sus intereses económicos.

13. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

Los principios generales del derecho son la consagración de postulados inmutables y trascendentales del derecho natural y del derecho positivo, que la Constitución los contiene no sólo en su articulado, sino hasta en su preámbulo.⁴¹ Para García De Enterría, éstos entrañan *los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones éticas y jurídicas fundamentales de una comunidad.*

Santamaría Pastor entiende que los principios constituyen una categoría heterogénea que engloba reglas de muy diversa naturaleza y función, entre las que incluyen directivas políticas, reglas de estructuración normativa, reglas de justicia, reglas de ética, reglas o directrices interpretativas, axiomas lógicos, directrices procesales, técnicas de argumentación y aforismos pragmáticos.⁴²

susceptible no sólo de revisión en sede constitucional, sino de tutela en las circunstancias en que tal violación o amenaza de violación quede manifiestamente acreditada, respetando, desde luego, el procedimiento legal-estatutario –en el caso de organizaciones particulares– si lo hubiere”.

40. RINESSI, Op. Cit., pág. 75, citando a Bidart Campos-Gil Domínguez coord., Los Valores de la Constitución Argentina.

41. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, Los Principios del Derecho Administrativo, Tomo I, (presentación), Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 44-54.

42. IBIDEM, pág. 94.

La Constitución dominicana ha *positivizado* una heterogeneidad de principios que son de gran trascendencia para la interpretación y aplicación de los derechos contenidos en ella.

Así, desde su mismo preámbulo, se proclama como valores supremos los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad y el bienestar social, entre otros.

Pero, en todo el cuerpo constitucional aparecen principios esenciales como el principio democrático, el de soberanía popular, el de Estado Social, el de supremacía constitucional, el de irretroactividad o los principios de la Administración Pública.

De esa manera, la Carta Sustantiva consagra un cuerpo de principios para su interpretación, los que al momento de interpretar los derechos fundamentales se consolidan con su artículo 74, a saber:

- No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza.
- Sólo por ley, en los casos permitidos por la Constitución, podrá regularse su ejercicio, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad.
- Los tratados, pactos y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.
- Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución.

Incluso, la LOTCPC al desarrollar el principio de interdependencia se ocupó de coherencia hermenéuticamente todos estos principios, de modo que, las disposiciones constitucionales deben interpretarse como un conjunto de normas correlacionadas y coordinadas entre sí, y nunca de forma aislada (art. 7.10).

En tal sentido, estipuló la LOTCPC en el principio 10 del artículo 7 que, *los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por los poderes públicos de la República Dominicana, conjuntamente con los derechos y garantías fundamentales de igual naturaleza a los*

expresamente contenidos en aquellos, integran el bloque de constitucionalidad que sirve de parámetro al control de la constitucionalidad y al cual está sujeta la validez formal y material de las normas infra constitucionales.

13.1. Principio Pro-Persona

El principio *pro persona* es un criterio hermenéutico de gran calado e influjo en las constituciones que proclaman un Estado de Derecho protector de los derechos humanos. En nuestro Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuentra su raigambre vinculante en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ⁴³. Y, en términos internos, es el artículo 74.4 de la Constitución, que consagra: Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurará armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución”.

A este principio hay que añadir el numeral 3 del mismo artículo 74 de la Constitución que consagra la cláusula de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y que prevé que, *los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y los demás órganos del Estado.*

De su lado, el numeral 5 del artículo 7 de la LOTCPC consigna que, *la Constitución y los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de modo que se optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental. Cuando existe conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad, prevalecerá la que sea más favorable al titular del derecho vulnerado. Si una norma infra constitucional es más favorable para el titular del derecho fundamental que las normas del bloque de constitucionalidad, la primera se aplicará de forma complementaria, de manera tal que*

43. Artículo 29 Convención Americana de Derechos Humanos.- Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que en la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

se asegure el máximo nivel de protección. Ninguna disposición de la presente ley puede ser interpretada en el sentido de limitar o suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales.

Como vemos, el principio favorabilidad es una regla hermenéutica general aplicable no sólo a los derechos de los consumidores y usuarios, sino a todos los que invoquen la tutela de un derecho fundamental. Su lógica está indisolublemente ligada al principio de concordancia práctica, según el cual en caso de conflicto entre derechos fundamentales se procurará armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución.

Dicho principio es una consecuencia del *principio pro persona*, que en esencia consiste en: a) en caso de duda debe hacerse una interpretación a favor del derecho fundamental invocado; b) en caso de colisión del derecho fundamental con otro derecho subjetivo “ordinario” prevalecerá el primero; c) los límites impuestos al derecho fundamental deben ser interpretados restrictivamente y, d) que los derechos fundamentales deben de ser interpretados en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de los mismos.

En nuestro campo de estudio, la LGPDCU dio forma dio forma a este principio al disponer que los derechos de los consumidores, *serán siempre interpretados en la forma más favorable* a éstos, como veremos en el próximo aparte.

13.2. Principio de Interpretación de la LGPDCU

Lo que en el pasado en nuestro Derecho Privado fue un núcleo de principios que centraban su interés en la condición del deudor (*favor debitoris*), del que contrata por estipulación adhesiva (*contra stipulatorem*) o de aquel que se ha obligado en una convención (*favor libertatis*), hoy se ha transformado en el principio *favor debelis*.

A partir de la gran incidencia que ha tenido el derecho consumerista se ha advertido que muchos deudores son fuertes y sus acreedores débiles. Entonces, el giro ha sido para volcar la protección a la parte más débil, sin importar si se trata de un deudor o de un acreedor. Aquí lo que pesa es la posición de debilidad estructural en un mercado real caracterizado por la asimetría de las partes.

Surge la noción de consumidor relacionada con el acto de consumo y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular. Engloba a una cantidad de contratos disímiles, de actos jurídicos unilaterales y de hechos jurídicos.

Pero, además, la doctrina ha ido empujando este ámbito protectorio más allá de la simple relación contractualista. El Derecho del Consumidor está más enfocado al hecho jurídico que al acto bilateral, para abarcar una gama de sujetos que están expuestos en el mercado de consumidores. corriente esta que aspiramos se vaya afianzando en nuestro ordenamiento jurídico.

Por esa razón, como explicamos más arriba, la LGPDCU, en su artículo 1 enuncia como un principio general para su interpretación que, *en caso de duda, las disposiciones de la presente ley serán siempre interpretadas de la forma más favorable para el consumidor.*

Sobre esta regla de interpretación es bueno dejar por sentado que la misma se aplica cuando existen “dudas”, puesto que si no las hubieren siempre se aplica la norma consumerista directamente y sin titubeos. Hacer lo contrario equivaldría a prescindir de la norma de procedencia sin declaratoria de inconstitucionalidad.

Compartimos el criterio de la doctrina de que cuando existen dudas se debe recurrir a los principios favorables al consumidor, aplicando entonces el juicio de ponderación. Cuando se trata de colisión de principios, se debe dar el paso que tiene cada uno en el caso concreto, tratando de lograr la máxima satisfacción posible, pero cuando hay principios vinculados a la relación de consumo, la balanza debe inclinarse hacia ellos, porque hay una ley que fija cuál es el criterio a utilizar en dicho juicio de ponderación.

Como señalamos, este es un tema de gran relevancia constitucional, puesto que estamos ante la posibilidad frecuente de conflicto de normas entre la LGPDCU y leyes sectoriales que regulan servicios como banca, telecomunicaciones, transporte, etc. Si la situación afecta los consumidores no debe caber duda respecto de que la ley de procedencia debe ser la LGPDCU, siempre que ésta beneficie más al consumidor y sin desmedro de lo que establece el artículo 2 de la Ley en relación al carácter supletorio frente a las leyes sectoriales.

Esa es la regla de oro que sienta el artículo 135 de la LGPDCU: “Cuando se trate de casos que sean materia de leyes sectoriales, el consumidor o usuario reclamará sus derechos con apego a los procedimientos establecidos en dichas leyes y sus reglamentos. En caso de contradicción entre las disposiciones de la presente ley (LGPDCU) con las disposiciones contenidas en las leyes sectoriales y sus reglamentos, se aplicará la disposición que resulte más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las disposiciones de la presente ley”.

13.3. Reserva de Ley y Eficacia Directa

En materia de derechos de los consumidores y de los demás derechos fundamentales, la Constitución dominicana hace una reserva de ley para el desarrollo y regulación de estas prerrogativas. Sin embargo, ello no quiere decir que su eficacia esté condicionada a la existencia de una ley.

La incorporación de la figura del consumidor en el ámbito constitucional le otorga una posición de centralidad en el sistema, que autoriza la derivación directa de derechos a través de normas constitucionales que se consideran directamente aplicables.

Así, pues, el artículo 74.2 dispone: “Sólo por ley, en los casos permitido por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”.

La reserva de ley es un límite y una garantía. Desde el punto de vista de la administración, constituye una frontera, pues no le está permitido limitar los derechos. Desde la perspectiva ciudadana, es una garantía, ya que asegura que la regulación sólo la puede hacer el órgano legislativo como representante de la soberanía popular. Así, pues, la reserva de ley desempeña una función primordial; a saber, *asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes*.⁴⁴

Claro, esto no significa que la reserva de ley excluya la posibilidad de que las leyes que regulan derechos fundamentales tengan remisiones a normas reglamentarias; es decir, los denominados reglamentos derivados. Lo que está prohibido es que en ausencia de una ley se pretenda regular el derecho fundamental a través de un reglamento independiente, pues ello equivaldría a una degradación de la reserva y, consecuentemente, de la garantía.

Más aún, cuando el caso de los derechos de los consumidores y usuarios, como de los demás derechos fundamentales, esa reserva es de ley orgánica, para cuya aprobación o modificación se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los legisladores presentes en las Cámaras Legislativas. Además de la reserva de ley orgánica o de mayoría calificada, la regulación para el ejercicio y las garantías de esos derechos (art. 74.2 de la Constitución) deberá hacerse respetando su *contenido esencial y el principio de razonabilidad*.

44. MEDINA GUERRERO, Manuel, La Eficacia Vinculante de los Derechos Frente a los Poderes Públicos, Frente al Legislador, en Comentario a la Constitución Española, Casas Baamonde, María Emilia, Rodríguez Piñeiro y Bravo Ferrer y otros, Ed. F. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pag. 1163.

Respecto del concepto de *contenido esencial* de un derecho, hay varios enfoques, pero nosotros optamos a la naturaleza jurídica del derecho, es decir el modo de concebirlo y configurarlo, de manera que *constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose...*⁴⁵

En el caso de la libertad de expresión, por ejemplo, es obvio que el contenido esencial es la posibilidad misma de expresarse sin censura previa, como en el de los derechos de los consumidores y usuarios, es el de participar en el mercado de consumo con observancia de sus derechos a la dignidad, a la salud, a la información, etc.

El otro aspecto que hay que tener presente al momento de regular cualquier derecho fundamental es el *principio de razonabilidad o proporcionalidad*.

Aquí, el legislador tendrá que atravesar *un test de proporcionalidad o razonabilidad* que demuestre, en esencia, que la regla es: **a) adecuada**, que exige que la restricción que sufre el derecho fundamental sea verdaderamente útil para alcanzar el fin que justifica la limitación; **b) necesaria**, o sea, que no haya otra alternativa que permita hacer menos gravoso el límite al derecho, y **c) proporcional**, que en sentido estricto significa que se logre un “equilibrio” entre las ventajas y los perjuicios que se derivan de la norma que limita el derecho.

13.4. Tutela Judicial Diferenciada

Los derechos de los consumidores son una necesidad social latente en una sociedad de consumo. Su objetivo primordial es equilibrar las desiguales relaciones que existen entre consumidores débiles y proveedores que son estructurales, jurídica y económicamente fuertes. Por tal razón, uno de los principales desafíos del Derecho Constitucional en esta materia es superar los tradicionales obstáculos que se generan en la justicia frente a ese *hiposuficiencia* de los consumidores.

El artículo 5 de la LOTCPC establece que a fin de garantizar la defensa y supremacía del orden constitucional, los jueces deben aplicar la Constitución para decidir los asuntos que se someten a su jurisdicción.

45. **IBIDEM**, pág. 1169.

Una respuesta eficaz a los problemas de tutela efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios como derechos fundamentales lo constituye la tutela judicial diferenciada. El artículo 7.4 de la LOTCPC prevé que los juzgadores están obligados a *utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades*.

El artículo 7.4 de la LOTCPC manda que el juez constitucional *está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuado para las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus particularidades*.

La locución tutela jurisdiccional diferenciada fue inicialmente acuñada por Proto Pisani y sirve para indicar a la reunión de varios procedimientos estructurados a partir de peculiaridades de ciertas categorías de situaciones sustanciales de naturaleza plenaria y sumaria (cautelar o sumaria) que se presenta como una de las variantes para sintetizar la justicia civil con las garantías procesales. La finalidad de las tutelas diferenciadas es adecuar el sistema jurídico, de modo a proporcionar mayor rapidez, adecuación y eficacia de los derechos carentes de mayor celeridad en su prestación, con el que las formas tradicionales no han conseguido garantizar la tutela jurisdiccional de forma apropiada.⁴⁶

La tutela judicial diferenciada es el reverso de la tutela judicial ordinaria, pues es un instrumento procesal dirigido a *dar respuesta rápida a la exigencia de tutela que no puede ser resuelta en forma adecuada, oportuna y eficiente por el órgano jurisdiccional utilizando la tutela ordinaria*, debido al hecho de que dejar al abandono de la tutela clásica situaciones especiales puede generar daños invaluable en los derechos.

En el caso de los derechos de los consumidores y los usuarios, la vulnerabilidad es lo que justifica este tipo de tutela, muy especialmente la existencia de ciertos riesgos de efectos generales que pueden afectar derechos colectivos, en lo que la dispersión de los posibles afectados hace necesario la flexibilidad de la protección legal y una tutela realmente efectiva.

Sin embargo, la tutela judicial diferenciada no tiene por objeto cuestionar la tutela ordinaria, sino que procura coadyuvar a la institución procesal en el objetivo de garantizar la efectividad de los derechos. Con Hurtado Reyes podríamos mencionar una larga lista algunos de fenómenos actuales que buscan una respuesta adecuada a la vía jurisdiccional y

46. LEITE, Giselle, citada por Martín Hurtado Reyes, Tutela Jurisdiccional Diferenciada, Palestra, Lima, 2006, pp. 115- 123.

tratan de encontrar respuesta acorde a la exigencia de tutela, aquí ubicamos como aspecto fundamental el avance de la publicitación (sic) del derecho privado, la persona humana y la reivindicación de su protección integral desde la óptima individual, social y familiar, la protección de los intereses difusos y colectivos, la importancia y relieve del derecho de daño (sistema de unificación del daño contractual y extracontractual; y la reparación integral y total del daño), los derechos del consumidor, la protección legal en las relaciones individuales y colectivas de trabajo, la complejidad de los conflictos en el derecho de familia, la protección de los derechos en materia previsional, etc.⁴⁷

Igualmente, las podemos encontrar en medidas preventivas que buscan obtener un mandato judicial para detener una práctica ilícita y evitar un agravio potencial. Esta tutela viene a ser un excelente instrumento procesal para los derechos de los consumidores y usuarios, así como para la protección del medio ambiente. En nuestro ordenamiento procesal pudiéramos hablar de este tipo de tutela mediante el amparo preventivo por derechos colectivos de los consumidores. La misma sería diferenciada por el hecho de que está muy arraigado en nuestra psiquis jurídica que sólo se otorga la tutela cuando hay un derecho afectado concretamente y en este caso sólo se presenta una eventualidad.

Otro tipo de tutela judicial diferenciada es la urgente, que busca establecer procedimientos sencillos que eviten el peligro de demora del proceso. Las más típicas de este tipo de tutelas son las medidas cautelares.

Asimismo, en la doctrina moderna se distingue la tutela anticipada, la que, a juicio de Lorenzetti, se expide en todo o en parte sobre la misma materia que será objeto de sentencia final, atribución o utilidad que probablemente obtuviese el peticionante pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada. Esta anticipación puede darse: a) previo a oír al demandado; b) luego de contestada la demanda; c) concluida la faz probatoria; d) con posterioridad a la sentencia o antes de ser elevado el expediente por recurso concedido; y, e) en el tribunal del recurso.

Nuestra LGPDCU contiene normas que permiten aplicar una tutela basada en el principio de favorabilidad al consumidor, como son el artículo 1 (“en caso de duda, la disposiciones de la presente ley serán siempre interpretada de la forma más favorable para el consumidor), el artículo 82 sobre los contratos por adhesión y el artículo 135, sobre los conflictos de normas generales y sectoriales.

47. HURTADO REYES, Op. Cit. Pag. 112.

Ello así, porque el Derecho del Consumidor ha nacido para llevar protección al *débil jurídico*. Su antecedente radica en la situación de minusvalía en que se ve colocado el hombre moderno al interactuar con los *proveedores de bienes de consumo*; y su cuerpo está integrado por un conjunto de mecanismos jurídicos específicos desarrollados para paliar esa situación de hiposuficiencia y prevenir el acacimiento de menoscabos a los derechos de los consumidores.

Nos encontramos frente a un supuesto de *discriminación positiva* de la clase de los consumidores, mediante la cual el derecho busca aprehender una realidad enmarcada por la influencia en el mercado de los intereses naturalmente contrapuestos de los consumidores y los proveedores. Esta confrontación, de no mediar acciones jurídicas específicas y acciones positivas equilibrantes, irremediablemente conllevan a situaciones de injusticia y opresión respecto del primero de esos dos grupos.⁴⁸

14. CONCLUSIONES

Al experimentar el salto cualitativo en el 2010 del Estado liberal de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución dominicana ha dotado de las garantías institucionales y jurisdiccionales a los derechos de los consumidores y los usuarios como forma de equilibrar la *hiposuficiencia* que caracteriza las relaciones de éstos con los proveedores o empresarios y así garantizar una tutela efectiva de estas prerrogativas. De esta forma, el constituyente dominicano ha dejado atrás la decimonónica doctrina liberal del derecho napoleónico fundada en la autonomía de la voluntad, que concebía a las partes en el contrato como sujetos racionales en igualdad de condiciones negociales.

Así, pues, los derechos de los consumidores y los usuarios gozan de garantías jurisdiccionales y administrativas como la *tutela diferenciada*, que puede subsanar debilidades estructurales frente a los empresarios y evitar daños a derechos subjetivos y colectivos de los consumidores.

El legislador-constituyente se cuidó de que en la arquitectura constitucional dominicana, los derechos de los consumidores y los usuarios no se configuran como derechos contrapuestos a los empresarios, sino como *derechos de colaboración* frente a la libre empresa para mejorar la competitividad en una economía social de mercado.

48. RUSCONI, Op. Cit, pp. 1- 2.

Sin embargo, la elevación al rango constitucional de los derechos de los consumidores y los usuarios no alcanzó a superar como común denominador en el régimen jurídico la visión contractualista, con lo cual se perdió una oportunidad de oro para llegar al concepto protectoriamente más abarcador como *relación de consumo*, igual que acontece en la mayoría de los países de la región, por lo que será obra de los tribunales, y muy especialmente del Tribunal Constitucional, hacer esa construcción por la vía pretoriana o, de lo contrario, quedará como agenda pendiente para una futura reforma del régimen legal, ya que una interpretación sistémica de la Constitución lo permitiría.

15. BIBLIOGRAFÍA

- **BLANQUER**, David. Derecho Administrativo. Editora Tirant Lo BLANCH, 2010. Valencia.
- **BONFANTI**, Mario A. Derecho del Consumidor y del Usuario. Editora Abeledo-Perrot, 2001. Argentina.
- **FARINA**, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008. Ciudad de Buenos Aires.
- **Lorenzetti**, L., Ricardo Luis, Consumidores. Rubinzal-Culzoni Editores, 2da Edición, 2009, Buenos Aires, Argentina.
- **PÉREZ BUSTAMANTE**, Laura. Derecho del Consumidor. Editora Astrea, 2014. Ciudad de Buenos Aires.
- **RUSCONI**, Dante D. Manual de Derecho del Consumidor. Editora Abeledo-Perrot S. A., 2009. Buenos Aires, Argentina.
- **VILELA CARBAJAL**, Jorge Eduardo. La Protección al Consumidor en la Jurisprudencia del Indecopi. Editora Jurídica Grijley, 2008. Lima.

Legislación

- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Constitución de la República Dominicana
- Ley No. 358-05, General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario

- Ley No. 166-12, del Sistema Dominicano para la Calidad (sidocal)
- Ley No. 1-02, sobre Prácticas Desleales de Comercio y Medidas de Salvaguarda
- Ley No. 42-08, sobre Defensa de la Competencia
- Ley No. 87-01, sobre Sistema Dominicano de Seguridad Social
- Ley No. 107-13, sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo
- Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

*Raúl LOZANO PERALTA**

El denominado **neoconstitucionalismo** es una corriente u orientación doctrinal de perfiles un tanto difusos, lo que no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un “canon neoconstitucional”. Puesto que en las discusiones entre neoconstitucionalistas y sus críticos uno de los reproches más comunes es el de que se desfiguran los conceptos y las definiciones de unos y otros, me permitiré reproducir aquí la caracterización que del neoconstitucionalismo, con ánimo crítico, he ofrecido y, al menos en parte, desarrollado en otros lugares, es necesario saber los orígenes de este para poder entenderlo mejor.

Para conocer el origen del Neoconstitucionalismo, se hace preciso partir del concepto de Estado de Derecho, el mismo cuyo diferente significado se justifica por razones de aspiración política o para proporcionar seguridad jurídica a la población. Ambas razones buscan la permanencia del Estado como tal, asimismo responden a una determinada ideología. Así, la ideología liberal conceptualiza el Estado de Derecho como aquel que cumple un mero papel de policía dentro de la economía de mercado, velando para que la ley sea cumplida por todos los factores de la producción. Algunos autores como Ferrajoli, Comanducci, clasifican a este tipo de Estado como Estado paleo- positivista o Estado legal de Derecho (Gil, 2011, p. 45).

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Privada de Piura, Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla de la Mancha de España, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Consejero Regional de La Libertad; Profesor de Pregrado y Postgrado en la Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional de Piura y la Universidad Privada Antenor Orrego; Director de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Presidente del Instituto de Gobierno de la Universidad Privada Antenor Orrego, Presidente de la Asociación Civil Promotora de la Universidad Privada Antenor Orrego y autor de varios artículos y libros sobre Derecho Constitucional. rlozanop@upao.edu.pe.

Raymundo Gil (2011, p. 47), hace una crítica a esta primera noción de Estado de Derecho en el sentido que fue concebida como una estructura formal de respeto a la ley que se adaptaba a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano.

“El constitucionalismo que aparece entre los Siglos XVII y XVIII, da parte a modernos tipos de organización política con fundamento en el inicio de la división de poderes y la defensa de los derechos del hombre” (Santiago, 2008).

“Ospina comprende al neoconstitucionalismo como una doctrina cuyo trasfondo es el iusnaturalismo que sustenta el estudio del enlace identificativo entre derecho y moral, siendo por esto último abiertamente contrario al positivismo ideológico” (Ospina, 2014, p. 248).

“El término *neoconstitucionalismo* fue acuñado para identificar una doctrina filosófica acerca del derecho, que surgió al observar cómo unas propuestas teóricas, defendidas por algunos influyentes académicos, se unían evidenciando la necesidad de un cambio en la tradicional aproximación positivista al derecho por parte de diferentes sectores de la doctrina. Esta corriente heterogénea, difícil de identificar y sin una etiqueta que la agrupara, era apoyada por autores que defendían posiciones –en muchos aspectos relevantes- muy lejanas entre sí. A pesar de esto, sus propuestas teóricas se fueron combinando, ofreciendo la oportunidad de una reconstrucción unitaria que daba cuenta de una nueva doctrina (o de una nueva perspectiva hacia el derecho), que se oponía explícitamente al positivismo jurídico, al tiempo que pretendía apartarse del tradicional iusnaturalismo: el neoconstitucionalismo.” (Pozzolo, 2016, pp. 143-144).

En el neoconstitucionalismo, se propone una nueva concepción referente al Estado de derecho, en la cual se protege la primacía la Constitución, es así que se deberá tener en cuenta una adecuada interpretación y ponderación, sus primeros orígenes históricos se remontan a los iniciales aportes de la emitidos por la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán y a través de la aplicación de la Ley fundamental de Bonn.

Así como hemos conocido los orígenes del neoconstitucionalismo es necesario saber que este ha ido evolucionando para perfeccionarse y volverse esa corriente doctrinal y filosófica que está ganando espacio merecido en nuestro sistema jurídico. El neologismo neoconstitucionalismo se utiliza para describir ciertos fenómenos o practicas institucionales de los Estados constitucionales europeos, tras la segunda guerra mundial. Trata sobre “*una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional*” (Aldunate, 2010, p. 83).

“Estos fenómenos se verifican tras el surgimiento de las Constituciones europeas, luego de la Segunda guerra mundial y la labor de los tribunales constitucionales desarrollada a partir de ese momento. Son evidencia de ello, las Constituciones de Alemania, Italia, Francia y más tarde, de España. Esta evolución forma parte de una nueva fase dentro del desarrollo del proceso histórico del Constitucionalismo Europeo, pero con características diferentes respecto de las etapas anteriores. Por eso, es que recibe el nombre de *neoconstitucionalismo*” (Santiago, 2008, p. 5). “Desde los años en que inicio la segunda guerra mundial, el creciente interés y fuerza reconocidas a los derechos, a través de constituciones y documentos internacionales, junto a la exigencia de reencontrar un modo para hablar racionalmente o razonablemente de justicia, han sido elementos no poco relevantes del *giro interpretativo* tomado por el derecho” (Pozzolo, 2016, p. 149).

Posteriormente, las características del sistema jurídico que resulta de esta evolución se expanden a los demás países del mundo, así en América Latina, con la Constitución colombiana de 1990; también en Hungría, Sudáfrica, India, Turquía, etc.

“Aunque la perspectiva neoconstitucionalista encuentra sus raíces en Europa, con la emanación de las constituciones de la segunda posguerra y en el trabajo de los tribunales alemán e italiano en un primer momento, su formulación a finales del siglo pasado encaja convenientemente con el cambio institucional que durante el mismo período se fue desarrollando en América Latina” (Pozzolo, 2016, pág. 149).

Según el jurista italiano Riccardo Guastini, son siete las condiciones que evidencian la constitucionalización de un establecido método jurídico: “1) *Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales*; 2) *La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional*; 3) *La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas*; 4) *La sobre interpretación de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos*; 5) *La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares*; 6) *La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores*; 7) *Influencia de la Constitución en el debate político*” (Santiago, 2008, pág. 6).

En el sistema, son trascendentes los derechos elementales ya que se posicionan en un puesto central en la vida jurídica y política. Son valores que impregnan todo el ordenamiento estatal e influyen en las relaciones particulares. Todo esto lleva al crecimiento e importancia del rol que a partir de ese momento van a tener los jueces. Para el neoconstitucionalismo, la

constitución es la carta de valores de la comunidad social y política, razón por la cual hay varias conexiones entre derecho y moral (Pozzolo, 2016, pág. 147).

Es así como ya conociendo los orígenes y el proceso evolutivo del Neoconstitucionalismo, podemos llegar a una mirada más certera a lo que significa esta corriente doctrinal y los campos que esta abarca.

El neoconstitucionalismo constituye un neologismo ambiguo y vago que admite varios sentidos, por eso es que resulta preferible hablar de neoconstitucionalismos (en plural); no obstante, esta situación, más que un defecto constituye una virtud, puesto que el neoconstitucionalismo, como formación jurídico política, se halla presente en todo tipo de debates; en debates de filosofía política que tratan sobre la mejor forma de estructurar las instituciones democráticas; en lo que se debe comprender por derecho y su vínculo con la moral, etc. (Prieto, 2010, p. 462).

El término ‘neoconstitucionalismo’ ha adquirido una complejidad significativa, ya sea como vehículo de significados en sentido estricto, ya sea por los elementos teóricos que lo componen (o descomponen) y que reflejan su función política como doctrina (debido a que, por ejemplo, la elección de interpretar las normas como reglas o como principios cambia el equilibrio entre los poderes estatales y sus competencias)” (Pozzolo, 2016, p. 142).

En consonancia con lo anterior y tomando como base el Estado Constitucional de Derecho, se presentan distintas maneras de entender el neoconstitucionalismo; son las siguientes:

1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FILOSOFÍA POLÍTICA

Esta concepción nace de observar al Estado Constitucional de Derecho como la mejor forma de organizar la sociedad política, donde hay una norma suprema que decide la forma democrática y la forma como se nombran a las autoridades y los cargos públicos. Esta norma suprema señala los valores morales y jurídicos a los que se deben adecuar las autoridades y demás normas; los jueces conformantes de un poder independiente son los encargados de señalar la nulidad de aquellos actos que contravengan lo dispuesto en la norma suprema. Además, pueden sustituir al legislador, siempre y cuando estos no hayan desarrollado adecuadas garantías para un determinado derecho.

El inconveniente que trae esta idea es la aparición de una Constitución invasiva, que deja en los jueces la determinación de los asuntos controvertidos. Prieto señala al respecto la existencia de una concentrada normatividad en derechos, principios y valores, incluidos

en el texto constitucional, que desemboca en un decidido judicialismo (Prieto, 2010, p.471). Se considera que la facultad del juez, de aplicar las cláusulas constitucionales a la resolución de todo tipo de conflicto, establece una seria advertencia al interés independiente de la ley.

2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO RENOVACIÓN DE LA TEORÍA POSITIVISTA DEL DERECHO

Según esta afirmación el factor constitucional va a tener predominio por encima de la ley, que pasaría a un segundo plano. Se encuentra a la Constitución como norma suprema, cuya concentración de reglamentación hace que el valor y adaptabilidad de la ley sea continuamente sometida a interrogación y verificación.

Sin embargo, las distintas formas de comprender el neoconstitucionalismo, este presenta una base muy común, el cual es el ejemplo, de Estado Constitucional de Derecho, que nace en Europa, luego de que se llevó a cabo la segunda guerra mundial.

El Neoconstitucionalismo, como primacía de la Constitución, se entiende como origen primario de las demás normas. Es competencia del juez y de la autoridad y lo que emplea ante los inconvenientes de una realidad desigual con valores opuestos, debe explicar su resolución de manera argumentativa y con una explicación de índole ponderativa (principio de proporcionalidad).

La ponderación, como instrumento interpretativo del neoconstitucionalismo, denota resolver acerca de la primacía de un derecho fundamental sobre otro, cuando ambos se contraponen en la solución de una controversia concreta. Respecto del principio de proporcionalidad, este se encuentra ligado a la intervención de los poderes públicos, a la intervención que realizan sobre un derecho fundamental y, mediante el principio de proporcionalidad, se busca medir su extensión y valorar la proporción de la intervención en el aludido derecho, a través de los sub exámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.

Encontrándose en el ámbito del derecho constitucional, que refiere sobre el uso de los derechos elementales, el desenlace de la discusión acerca de este asunto demanda el uso de explicaciones de mayor relevancia, basándose en cuestiones de juricidad y moralidad (Figueroa E., 2011, p. 2). Por ese motivo, en el neoconstitucionalismo es de vital importancia en el rol que desempeña el juez para la validez de los principios constitucionales.

Asimismo, según Edwin Figueroa (2011, p. 4), el neoconstitucionalismo como Estado Constitucional de Derecho, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones; la norteamericana, en cuanto herramienta utilizada para la defensa de derechos y la materialización de los derechos de propiedad, vida y libertad; y la francesa, por el carácter de garantía que ofrece la Constitución.

Resulta importante resaltar que con el neoconstitucionalismo obtiene importancia la filosofía, política, moral y jurídica del intérprete del Derecho, por lo que deja de ser la ley la única, suprema y racional fuente de derecho.

García (2015, p. 495), señala que el neoconstitucionalismo aporta elementos no solo desde el punto de vista teórico, sino también desde los puntos de vista político y jurídico. Así se plantea un tipo de Estado Constitucional de Derecho de alto contenido ideológico, puesto que adopta el modelo axiológico de la Constitución, como norma directamente aplicable en lugar de solo como regla, y que condiciona al resto de reglas de menor jerarquía.

Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la postura neoconstitucionalista subraya la subordinación de todo el derecho al contenido constitucional. Esta perspectiva se conecta, aunque no necesariamente, con la tradición doctrinal del constitucionalismo político en su sentido más amplio, entendido como doctrina de la limitación jurídica del poder. De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una constitución extensa y densa, el constitucionalismo obtiene el resultado querido, puesto que finalmente todo el derecho está sujeto al derecho mismo. Sin embargo, siguiendo esta dirección, se acentúan sobre todo los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. En esta línea, se disminuye la atención hacia los mecanismos de *check and balance*, mientras que se acentúa el interés por los valores insertos en los principios constitucionales que se muestran como el baluarte más fuerte en contra de las degeneraciones del poder” (Pozzolo, 2016, p. 145).

“Neoconstitucionalismo y constitucionalización que han desarrollado en nuestro ámbito jurídico son lo mayor expresión de sistemas jurídicos de línea occidental de derecho debidamente codificado. Los propios intelectuales con quienes han originado el cambio, por lo que la fundamentación neoconstitucionalista aún se rige por las normas jurídicas positivas, marcada por constituciones rígidas, largas y muy garantizadas” (Pozzolo, 2015, p. 368)

No obstante, el neoconstitucionalismo tampoco ha estado libre de críticas, así Guastini señala que aquel constituye no una teoría sino una acumulación de actitudes axiológicas

y de tesis normativas (Barberis, 2015, págs. 457-458). Este autor hace una crítica del neoconstitucionalismo, principalmente de la conexión que se establece entre derecho y moral y de la diferencia entre principios y reglas; los principios se aplican para la ponderación y las reglas para la subsunción. Barberis discrepa afirmando que el neoconstitucionalismo no constituye solo un cúmulo de ideologías, sino que se refiere a auténticas teorías radicadas en tendencias profundas de la ética contemporánea (Barberis, 2015, pp. 472-473).

Ferrajoli (2015, pp. 523-524) propone una revisión terminológica, puesto que el neoconstitucionalismo como experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales, se ha puesto en contraposición con una noción de constitucionalismo “político”; noción moderna pero antigua, dirigida a la limitación de los poderes públicos como garantía de determinados ámbitos de libertad, y estos límites y garantías son de carácter político, vale decir resultan externos a los aspectos jurídicos. Esto nos permite evidenciar la transformación de prototipo que ha sido elaborado en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional.

Se propone una terminología diversa y correlativa, que utilice términos homogéneos, todos referidos a la experiencia jurídica. Así se utilice la expresión *ius-constituocionalismo*, *Estado Constitucional de Derecho* o simplemente *constitucionalismo* para diferenciarlo del Estado Legal de Derecho, que no tiene Constitución o tiene una constitución flexible, y que caracteriza al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales. Inclusive a las dos concepciones actuales del constitucionalismo jurídico se les puede denominar *constitucionalismo ius naturalista* y *constitucionalismo ius positivista* (Ferrajoli, 2015, p. 526).

Para Salazar (2015, p. 573), resulta relevante hacer una distinción entre las dos teorías predominantes del derecho constitucional contemporáneo: el garantismo y el neoconstitucionalismo. Esta distinción influye con consecuencias significativas en el ámbito de la justicia constitucional, sobre todo cuando se tenga que interpretar y aplicar las normas de principio establecidas en las atribuciones elementales de los ciudadanos y en las directrices que sustentan el constitucionalismo democrático.

Lo que distingue al garantismo del neoconstitucionalismo es que aquel adopta el positivismo metodológico y los autores neoconstitucionalistas aceptan la inclusión de algunos elementos del derecho natural en el derecho positivo (Salazar, 2015, p. 580).

De acuerdo con lo relacionado al ámbito de la justicia constitucional, el garantismo rechaza el decisionismo en derecho y la función judicial debe ceñirse rigurosamente al

principio de legalidad. De esta manera, se podrá reducir la discrecionalidad y la arbitrariedad en el quehacer del juzgador. Al juez le corresponde llevar a cabo una labor crítica sobre disposiciones que resulten inconstitucionales, pero esta labor debe sujetarse al principio de legalidad.

En el neoconstitucionalismo, se es más flexible con la discrecionalidad judicial, se toma en cuenta la actividad del juzgador para la interpretación de las normas, donde se puede acudir a principios morales para la integración del derecho. Aquí la labor judicial será creativa y en algunos casos, el juez suplantarán al legislador.

“El desacuerdo entre principios y normas es claramente una particularidad diferenciadora, y muestra el alejamiento correspondiente al positivismo jurídico, haciendo alusión a la diferencia entre forma y substancia” (Pozzolo, 2015, p. 367)

Aplicando entonces lo antes leído podemos hacer un pequeño análisis del el control político y la restricción de derechos en el Neoconstitucionalismo. El control político constituye uno de los sistemas por los cuales se aplica el principio del control constitucional del Estado, el otro sistema es el control judicial. El principio del control constitucional del Estado es aquella regla que garantiza que la Constitución va a prevalecer en su aplicación sobre toda norma legal y otras de menor jerarquía.

La fiscalización política de la constitucionalidad de las leyes es llevada a cabo por un organismo diferente a los organismos judiciales ordinarios. Este organismo puede ser el Congreso, un tribunal u otro organismo diferente señalado por Ley.

Se define al control político “como aquella función constitucional de vigilancia del *Parlamento* sobre las actuaciones o descuidos de funcionarios del Estado, en exclusivo del Poder Ejecutivo, y de demanda de información sobre sus actividades. También con este concepto se le considera como un mecanismo eficaz para requerir y respaldar la acción del poder y la administración gubernamental de una manera transparente y al mismo tiempo solicitar la obligación política de las personas que llegan a cargos de elección popular, entre ellos el: Presidente de la República, gobernadores y alcaldes y sus equipos de gobierno (administración)” (Constenla, 2014).

En el devenir histórico, la idea de fiscalización política no siempre recibió un reconocimiento completo y manifiesto por parte de la doctrina constitucional. Inclusive diferentes modelos de formas de gobierno pasaron sobre las entidades de control político. Los antiguos contemplaban a esta institución como fragmento elemental del concepto de

Constitución. En la edad media, se reforzó la idea de controlar el poder, sin embargo, no se estableció una norma jurídica que garantice el control planteado. Desde inicios del siglo XX, la institución regresa a ser tomada por la doctrina constitucional y desde entonces, se le considera como un elemento fundamental del Constitucionalismo moderno.

Existen una serie de mecanismos por los cuales se lleva a cabo el control político:

- Control preventivo. Se lleva a cabo antes de que se consuma la violación al texto constitucional. Opera a través de la consulta que puede hacerle el *Parlamento* al Tribunal Constitucional para examinar la posible infracción constitucional.
- Control efectivo. Se lleva a cabo en el momento en que se comete la infracción constitucional.
- Control retroactivo. Acto mediante el cual se repara un acto de violación a la Constitución.

Ha sido un permanente en la historia de los pueblos, su lucha por establecer mecanismos de control del poder absoluto. Finalmente, en aras de preservar la libertad, se produjo la división y separación de funciones en el Estado, de modo que el poder es ejercido por el gobierno, *Parlamento* y pueblo, estableciéndose un control político mutuo entre los tres.

El control político entre las instituciones del Estado Constitucional de Derecho admite cuatro tipos de relaciones; el control político del Estado sobre el *Parlamento* el control político del *Parlamento* sobre el Estado; el control que llevan a cabo los Tribunales sobre el *Parlamento* y el gobierno; finalmente, el control que lleva a cabo el pueblo sobre quienes detentan el poder. El control político busca lograr el equilibrio y balance entre poderes; no permite que exista un poder unilateral, omnímodo y omnipresente.

En América Latina (Constenla, 2014), de la revisión de sus constituciones políticas, se advierten las próximas particularidades, respecto a la acción del “Control Político”:

- En cada una de las Constituciones Políticas estudiadas se puede ver que la acción de esta ocupación de supervisión es constantemente una tarea que realiza el Parlamento.
- En Chile, la Constitución Política representa la especialidad de la Cámara de Diputados la cual define la convocatoria a los funcionarios a cerca de los temas requeridos y al Senado le compete implantar castigos. Las demás Constituciones Políticas, ambas Cámaras tienen la facultad de ejercer Control Político, al citar a los funcionarios y, ocasionalmente, fijar castigos de índole moral o sancionadora.

- Respecto a las Constituciones Políticas boliviana, chilena, colombiana y guatemalteca, la acción del “*Control Político*”, por parte del Poder Legislativo, puede llevar hacia la exclusión del funcionario, estando conforme a los procedimientos que han sido fijados en las Constituciones.
- Cuando hablamos de las demás Constituciones, no ha quedado explícitamente fijado que la acción del “*Control Político*” conlleve a acciones de destitución del funcionario que ha sido puesto en cuestionamiento por sus acciones o si en todo caso se limita a manifestar una recomendación, que sea dirigida al Poder Ejecutivo, para la destitución.

Los derechos fundamentales constituyen un concepto controvertido en la doctrina; el mismo que ha sido objeto de múltiples definiciones desde diferentes perspectivas. Para Luigi Ferrajoli “*los derechos humanos son derechos subjetivos que se relacionan universalmente a todos los seres humanos en cuanto ostentan el status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*” (Ferrajoli, 2002, págs. 37, nota 42). Asimismo, los derechos fundamentales no tienen carácter ilimitado, sus limitaciones se encuentran en el sentido de permitir que los demás ejerzan el derecho que les corresponde. Esto para posibilitar una sana convivencia y armonía en la sociedad.

De modo que se admite que los derechos fundamentales puedan ser objeto de restricciones o limitaciones. A la restricción de los derechos fundamentales se les aplica las siguientes teorías (Parra, 2010, pp. 80-81):

- Teoría externa de las restricciones (también se le llama “teoría de los derechos limitables”) Esta teoría parte de la existencia de dos objetos; el primero es el derecho que no está restringido, luego se aplica la restricción y se tiene como resultado el derecho limitado o restringido.
- Teoría interna de las restricciones (“teoría de los derechos no limitables”). Según esta teoría, existe un derecho cuyo contenido se encuentra ya determinado y no puede ser objeto de restricciones, puesto que no se trata aquí de la reducción o disminución del derecho, sino de determinar los límites de su contenido a los que también se les denomina como inmanentes. Esta concepción le sirve al operador jurídico para comprobar si el contenido aparente del derecho es su contenido verdadero.

Se considera que la teoría externa es la más adecuada puesto que explica mejor las restricciones que sufren los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales admiten su restricción ante casos concretos, no obstante, esta restricción tiene un límite que se gradúa a partir de su conformidad con la Constitución y la preservación del contenido elemental del derecho fundamental. Es decir, existe una parte de este derecho que es de indispensable cumplimiento para el amparo efectivo del interés jurídicamente protegido. Asimismo, una forma de control sobre las limitaciones de los derechos fundamentales se realiza en base al principio rector de proporcionalidad. En cuanto al test de Proporcionalidad; “El test de ponderación (también entendido como razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad), es el modo de resolver los conflictos entre principios. La acepción que mejor se ajusta al uso jurídico de la ponderación refiere que es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas” (Prieto, 2008, p. 99).

“Es decir que la ponderación culmina con el triunfo de alguna de ellas en el caso concreto. Pero, sí es esencial que exista estabilidad en el plano abstracto o de validez; las normas serán todas del mismo valor, de otro modo no tendríamos que ponderar nada; en una discordancia se impondría el de mayor valor. Se tratan pues, de normas con sentido opuesto y el crítico en un inicio no puede privarse de considerar ninguna de ellas. Por ello, es necesario producir un *enunciado de preferencia condicionada*, que opere sólo en el caso concreto. La ponderación busca ser una manera para la argumentación de dicho *enunciado de preferencia* que se refiera al caso preciso; un apoyo para solucionar discrepancias entre principios con el mismo valor o jerarquía. También puede ser utilizada la siguiente fórmula: *cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro*” (Prieto, 2008, p. 100).

Siguiendo al Tribunal Constitucional español, el juicio de ponderación comprende necesariamente los siguientes cuatro pasos:

- i. Debe existir necesariamente un fin que sea constitucionalmente legítimo, que será la base en que se fundamentara la interferencia con otro principio y derecho, por lo que de evaluar que, si ambos derechos son legítimos desde la perspectiva constitucional, de ser así se iniciara la comparación de tales normas.
- ii. Se realizará una máxima ponderación para así poder acreditar la idoneidad respecto a la medida objeto de control, esto teniendo en cuenta que no se vulnere algún principio o derecho constitucional. En el desarrollo de esta etapa no se pretende imponer mediante vía jurisdiccional medidas idóneas o que de por sí sean eficaces, sino se busca excluir a las medidas que se acreditan señalándose gratuitas y son de manera objetiva ineficaces.

- iii. Otro punto importante es determinar la participación lesiva de un principio o derecho constitucional es fundamental, ya que se debe acreditar que existe otra medida menos grave o restrictiva que cumpla la misma finalidad. Por lo que, existiendo diferentes medidas, se tendrá preferencia a la que ocasione un menor menoscabo al otro principio de derecho en litigio.
- iv. “La ponderación se concluye con el conocido juicio de proporcionalidad, señalándose que en sentido estricto se deberá evaluar un juicio normativo y jurídico de la medida a imponerse, por lo que deberá existir un equilibrio respecto a beneficios que se podrán obtener y los posibles daños que traerá consigo esta medida (verificar medida más razonable), con lo que podrá llegar a determinar la relevancia jurídica que en cada caso en concreto tienen los principios o derechos en disputa, realizando una valoración conjunta y objetiva entre la satisfacción y el posible sacrificio” (Prieto, 2008, pp. 109-112).

Finalmente podemos concluir que:

- i. Al hablar de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho inmediatamente se piensa en la función de control del Poder Legislativo y Ejecutivo, base del Estado Constitucional Moderno; ello nos lleva a concluir que la Constitución significa un límite al Poder, contrastable con la evolución histórica del pensamiento humano.
- ii. La historia nos da a conocer a grandes pensadores de la época como Platón, Aristóteles, o Santo Tomás de Aquino, ellos buscaban explicar las causas y por qué se debería limitar el poder mediante criterios racionales, por ejemplo, se preocuparon por dictar medidas en contra del abuso de poder proveniente de cualquier tipo de gobierno antiguo.
- iii. Lograr una armonía constitucional entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo— y buscar no permitir la irregularidad por parte de cualquiera de ellos, no ha sido producido por la imprevisión; ha conllevado un desarrollo de más de 2000 años de evolución en el pensamiento de la humanidad, lo que nos lleva a concluir que la elaboración y uso de los métodos de fiscalización política adecuados se transforman en un requisito en el Estado Constitucional Moderno, pues echando un vistazo al pensamiento de los antiguos se constata que la manera adecuada de gobierno es el gobierno equilibrado, el cual se conseguirá con la identificación de superioridad de la Constitución.

- iv. El origen del neoconstitucionalismo se encuentra vinculado al concepto de Estado de Derecho. Mediante neoconstitucionalismo se inicia una nueva concepción del Estado de Derecho, en el cual existirá superioridad de la constitución.
- v. El neoconstitucionalismo surge de una nueva fase, de carácter diferente, del proceso histórico de evolución del Constitucionalismo europeo, que se produce después de la Segunda guerra mundial.
- vi. El neoconstitucionalismo constituye un término que admite varios sentidos, los mismos que permiten considerarlo como una cultura jurídico- política presente en todo tipo de debates.
- vii. Con el neoconstitucionalismo toma un papel relevante la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del derecho, ya no va a ser la ley la única, suprema y racional fuente de derecho.
- viii. En la doctrina existen críticas para el neoconstitucionalismo, no se le considera como una teoría, sino como una acumulación de actitudes axiológicas y de tesis normativas. Se le critica principalmente la conexión que se establece entre el derecho y la moral y la diferencia entre principios y reglas. El método de la ponderación, o también llamado test de proporcionalidad hace necesaria la aplicación de principios.
- ix. Se hace imprescindible distinguir claramente las diferencias entre el garantismo y el neoconstitucionalismo; las mismas que tendrán consecuencias significativas en el ámbito de la justicia constitucional, sobre todo cuando se tenga que interpretar y aplicar las normas de principio que establecen los derechos elementales de las personas y los principios que sustentan el constitucionalismo democrático.
- x. El garantismo se caracteriza por rechazar el decisionismo en derecho y la función judicial debe ceñirse rigurosamente al principio de legalidad. En cambio, el neoconstitucionalismo, resulta ser más flexible con la discrecionalidad judicial; toma en cuenta la actividad del juez para la explicación de la normativa, quien puede acudir a principios morales para la interpretación del derecho.
- xi. El control político forma parte del principio del control constitucional del Estado, este garantiza que la Constitución prevalezca en su aplicación sobre toda norma legal y otras de menor jerarquía.
- xii. Mediante el control político, el poder se democratiza y sus funciones se distribuyen racionalmente dentro del Estado Constitucional.

- xiii. El control político se orienta hacia el equilibrio y balance entre poderes; no permite el poder unilateral, omnímodo y omnipresente.
- xiv. Existe un límite en la restricción de los derechos fundamentales que se gradúa a partir de su conformidad con la Constitución y la preservación del contenido esencial del derecho fundamental.

CAPÍTULO VI

EL CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DESDE LA LEGITIMIDAD

Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA*

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la jerarquía de la denominada pirámide kelseniana la Constitución ocupa el lugar superior, luego encontramos la ley en cuanto acto formal del Parlamento y finalmente el acto administrativo; jerarquía que ha de ser respetada por las normas de rango inferior respecto de las de grado superior y en esta medida es que el control constitucional se refiere a la garantía de superioridad de la Constitución¹.

Significa, que para lograr el respeto de las normas constitucionales superiores debe existir un mecanismo que efectivice la jerarquía normativa, siendo éste el denominado control de constitucionalidad, que no es otro que la facultad que tiene en principio el Poder Público judicial de verificar que las normas jurídicas de rango inferior estén acordes con la regulaciones normativas constitucionales, es decir, que las acaten y las cumplan en los términos de obligatoriedad por ellas previsto².

* Decano emérito e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho Público de la misma Facultad. ciroguecha@hotmail.com

1. KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), en escritos sobre la democracia y el socialismo, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Madrid, 1988, p. 109 y ss, en cita que hace FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan. Dos modelos de constitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 32, lo plantea de la siguiente manera: *“Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad etc., La Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formuladas en la Constitución”*.

2. Se trata de garantizar la supremacía obligatoria de la Constitución, como lo expresa ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Filosofía o teoría del Derecho Constitucional, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 255, al referir: *“La constitución, como ley fundamental del estado tiene la máxima fuerza jurídica, por lo mismo, ninguna otra norma del*

Digo que en principio el control de constitucionalidad corresponde al Poder Público judicial, por cuanto que el mismo se concreta en el sometimiento de la ley, es decir, del acto proferido por el legislativo a través del procedimiento previsto para su producción a la verificación de su concordancia con la Constitución por parte de la jurisdicción; pero dicha facultad también es posible encontrarla en los otros poderes públicos como el administrativo por ejemplo, que tienen la competencia de verificación cuando en su actividad administrativa y al detectar la discordancia con un mandato constitucional puede abstenerse de aplicar la norma legal formal.

En el primer caso se está frente al control de constitucionalidad por vía de acción y en el segundo por vía de excepción, por cuanto que inicialmente se debe presentar ante el juez constitucional la cuestión de inconstitucionalidad a través de la acción o demanda correspondiente³; pero de todas formas, es posible que dicho control se realice sin que se haya presentado un asunto o demanda de inconstitucionalidad, sino que como consecuencia de una actuación judicial o administrativa la autoridad pública correspondiente inaplica por vía de excepción una ley por ser contraria a la Constitución⁴.

Para alguna doctrina el control constitucional se expresa en la facultad que tienen algunos órganos del Estado de sacar de la vida jurídica una ley por ser contraria a la Constitución⁵; circunstancia que no es tan exacta, por cuanto sacar de la vida jurídica una norma es el resultado, es decir, la consecuencia del mismo, pero además éste no se limita a las leyes como actos formales expedidos por el Parlamento o Congreso, sino igualmente a los actos con fuerza de ley como son los decretos leyes o los denominados reglamentos autónomos.

En efecto, los decretos leyes tanto en el sistema jurídico español como el colombiano, adoptan la fuerza normativa legislativa de manera excepcional⁶, y de alguna manera sustituyen

orden jurídico puede imponerse a ella. En caso de que una norma de inferior jerarquía se oponga a la constitución, aquella pierde su validez”.

3. El artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, contempla las competencias de la Corte Constitucional en lo que hace referencia a la vía de acción.

4. Artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 de Colombia consagra: “Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

5. Ver ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. Teoría constitucional y ciencia política, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 372, lo plantea de esa manera cuando se refiere al concepto de control constitucional.

6. El artículo 86 de la Constitución Española de 1978 contempla la facultad del Gobierno de dictar actos legislativos de manera excepcional y con carácter provisional, ya que se debe someter al debate y votación del Congreso de los Diputados quien lo convalidará o lo derogará y aquí surge una inquietud en el sentido que el Congreso lo que está

en la Función Legislativa al Parlamento o Congreso⁷; pero su control constitucional es idéntico al que se realiza respecto de una ley en sentido formal, por cuanto se concreta en la comparación directa entre el decreto con fuerza ley y la norma constitucional superior, sin que exista entre ellos en principio una con carácter legal formal como acto expedido por el legislativo.

Los denominados reglamentos autónomos corresponden a aquellos desarrollos directos de la Constitución por parte del Poder Público administrativo⁸, con el carácter de actos con fuerza de ley, que a diferencia de los decretos leyes no necesitan de autorización por parte del legislativo, sino que se fundamentan en la propia autorización constitucional⁹; pero que son objeto de control constitucional por parte del Poder Público legislativo y para tal efecto, en el sistema jurídico colombiano se ha previsto una acción o recurso contencioso con el fin de efectivizar dicho control¹⁰.

Debo destacar, que la Corte Constitucional de Colombia cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 que consagra en mi parecer el control respecto de los reglamentos autónomos por parte del Consejo de Estado y no de la Corte Constitucional¹¹, indicó que a dicho Tribunal le corresponde el control referente a los

haciendo en estricto sentido es un control respecto de los decretos legislativos, que en este caso me parece es de orden político más que constitucional, por el carácter que tiene el mismo.

7. En el sistema jurídico colombiano, los decretos leyes están previstos en el artículo 150 numeral 10, cuando se otorga la potestad al Congreso para revestir al Poder Público administrativo representado en el Presidente de la República hasta por el término de seis meses para dictar actos con fuerza de ley, siendo necesario que dichas facultades sean solicitadas, es decir, que la iniciativa está en el administrativo y no en el legislativo.

8. No se olvide que la Constitución por regla general se desarrolla a través de leyes, es decir, de actos expedidos por el Parlamento o Congreso a través del procedimiento previsto para hacer la ley.

9. Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Los reglamentos autónomos, en VIII Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 933 y ss.

10. La Ley 1437 de 2011 de Colombia que constituye el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla en el artículo 135 la nulidad por inconstitucionalidad de actos generales que en mi parecer corresponden a los reglamentos autónomos, en los siguientes términos: *“Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.*

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional...”.

11. Debo recordar que el control constitucional en Colombia es de carácter difuso, en el sentido que no es realizado únicamente por la Corte Constitucional, sino que es posible por otras autoridades públicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 05 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa cuando dijo: *“Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado “control concentrado” o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha*

actos de carácter general dictados por autoridades públicas distintas al Gobierno Nacional, con el carácter o contenido material de ley, es decir, aquellos asuntos que la regulación constitucional ha previsto como propios de ley ordinaria o ley especial¹².

Argumentación del máximo órgano constitucional de Colombia que en mi percepción se queda corta y se torna ambigua respecto de la identificación del concepto de fuerza material de ley, ya que en la sentencia C-400 de 2014 lo identifica con las regulaciones propias o concernientes a los actos de ley, es decir, a los reservados a la ley ya sea ordinaria o especial, como actos proferidos por el legislativo¹³; lo cual más que ser un criterio material de ley, se puede identificar con un criterio orgánico porque se trata de actos expedidos por el legislativo en asuntos de su competencia, es decir, a él asignados, que en un momento dado se pueden confundir con la noción de reserva de ley.

Considero que el concepto material de ley hace alusión a regulaciones jurídicas y por tal obligatorias, que contienen desarrollos directos de la Constitución que pueden ser dictadas no solamente por el legislativo, sino por otros órganos del Poder Público como puede ser la Administración¹⁴; pero que encuentra especificidad en la institución de la reserva de ley, en

atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (Art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional”.

12. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-400 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, hizo referencia a los actos de contenido material de ley en los siguientes términos: “5.5. Así, en virtud de la potestad legislativa que ejerce el Congreso, corresponderá a esta corporación el estudio de constitucionalidad de los asuntos con contenido material de ley, esto es, (i) con fuerza de ley ordinaria, dispuestos de manera expresa por la carta política (artículo 150); y (ii) con fuerza de ley especial, referidos a materias estatutarias y orgánicas específicas (artículos 151 y 152), las cuales comportan una mayor exigencia de aprobación. En este ámbito, serán también de su conocimiento los decretos o actos cuya expedición, de ordinario o de manera transitoria, la Constitución le atribuye a otros órganos distintos del Congreso de la República, siempre que regulen asuntos sometidos a reserva ordinaria o especial de ley, así su denominación suponga aparentemente el conocimiento y decisión de otra autoridad constitucional”.

13. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 541, muestra cómo las leyes son una clase de normas jurídicas expedidas por el Congreso, es decir, por el órgano que por naturaleza es competente para proferirlas, a través del trámite previsto en la Constitución para su creación.

14. Así lo ha previsto la propia Corte Constitucional de Colombia en otras decisiones, como es la sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015, M. P. Mauricio González, al expresar: “Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la República sino también -y entre otros cuerpos normativos- los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas -en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la República (Arts. 371 y 372)

el sentido que hay asuntos que solo pueden ser regulados por una ley como acto propio del legislativo¹⁵.

Pero en cualquier evento, el control constitucional lo que busca es mantener la intangibilidad de la Constitución de los ataques que puede sufrir por parte de las autoridades en el ejercicio de sus competencias de Poder Público, lo que significa de una u otra forma el mantenimiento del Principio de Legalidad, en la medida que cualquier norma derivada de la actuación de los poderes públicos debe estar acorde a las regulaciones superiores de la Carta Política y Jurídica o de lo contrario se afectará su validez y se configurará una violación de dicho principio, en este caso a través de la norma constitucional¹⁶.

Considero así, que el control de constitucionalidad sea cual sea su modalidad o el órgano que lo ejerza, tiene como finalidad primordial mantener incólume el Principio de Legalidad aplicando la ley en sentido genérico, en el entendido de norma obligatoria para este caso con el carácter de constitucional y que en principio es ejercido por el Poder Público judicial, pero que en la estrecha relación que existe con los demás poderes públicos lo pueden desarrollar los demás, para garantizar la supremacía de la Constitución¹⁷, que debe ser una premisa necesaria dentro del Estado Social de Derecho¹⁸.

y el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257). El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado. Esas relaciones -necesarias para definir la validez de las normas- se establecen a partir de criterios relativos (i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso. En adición a ello, existen variadas competencias normativas de las entidades territoriales que, en virtud de las reglas que rigen la armonización del principio unitario y autonómico, se encuentran en una relación o de coexistencia, o de complementariedad o de subordinación, con las atribuciones de autoridades del orden nacional. Las normas adoptadas por las autoridades de Municipios, Distritos o Departamentos en ejercicio de las competencias previstas directamente por la Carta, por ejemplo en los artículos 300, 305, 313 y 315, se encuentran entonces también comprendidas por el concepto de "ley" del artículo 230 de la Carta".

15. Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-507 de 16 de 2015, M. P. Mauricio González.

16. La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido de forma reiterada la supremacía de la Constitución; en tal sentido ver entre otros los siguientes fallos: Sentencia C-445/96, M. P. Hernando Herrera Vergara; sentencia C-560 de agosto 4 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-1290 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, sentencia C-415 de junio 6 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; entre otras.

17. Bien dice VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés y otros. Derecho Procesal Constitucional, Editorial Legis, Bogotá, 2015, p. 205 que: "La supremacía constitucional es un principio básico y elemental de todos los medios de control constitucional. Todo proceso de esta naturaleza tendrá en su contenido el determinar el acatamiento del acto impugnado a lo ordenado por la carta magna: una Litis de carácter constitucional.

Todo acto de autoridad que sea contrario a la constitución debe ser combatido, corregirse y abolirse".

18. HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional Colombiana, en Revista Principia Iuris, julio-diciembre 2009, Tunja - Colombia, ISSN 0124-2067 p. 102, expresa la razón de ser del control constitucional dentro del Estado Social de Derecho, así: "Es acá donde encuentra su razón

2. LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Una pregunta bien interesante en el asunto que venimos tratando es el de la legitimidad del control de constitucionalidad, por cuanto el mismo es ejercido por regla general por una Corte o Tribunal Constitucional, es decir, un reducido número de personas que tienen la facultad de sacar de la vida jurídica actos proferidos por el Poder Público legislativo, que en principio y en un sentido político democrático constituyen representación de las decisiones mayoritarias, en la medida que han sido elegidos por el voto popular de los ciudadanos, en tanto que los miembros de los tribunales constitucionales se designan de formas distintas pero en ningún caso por el voto popular (al menos en los sistemas jurídicos español y colombiano)¹⁹.

Pero además, la legitimidad del control constitucional se puede cuestionar desde el punto de vista de los procedimientos establecidos para su realización y desde la óptica del contenido del mismo, es decir, desde su sustantividad, por cuanto que la discordancia de una ley con respecto de la Constitución puede ser determinada por un control denominado procedimental o por otro de orden sustancial o material²⁰, los cuales son objeto de análisis en este acápite de la investigación.

De todas formas y para que sea posible determinar la legitimidad del control constitucional es preciso identificar en qué consiste la noción de legitimidad y para ello es preciso indicar que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define lo legítimo como: *“legítimo, ma. Del lat. legitĭmus. 1. adj. Conforme a las leyes. 2. adj. lícito (≠ justo). 3. adj. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea”*.

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia concibe la legitimidad desde la óptica del Estado Social de Derecho, como: *“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su*

de ser el control de constitucionalidad, entendiéndolo como el ejercicio de valorar la congruencia entre las reglas y principios constitucionales y las normas de inferior jerarquía, realizándose esta actividad con fuerza jurisdiccional y valor de cosa juzgada, esta función realizada por el órgano de control de constitucionalidad es simplemente la consecuencia necesaria de tener una norma de valor jurídico, pues de nada sirve una regla de derecho si no existe quien sancione su incumplimiento, así la estabilidad de la democracia y del Estado Social de Derecho pasará por la efectividad del control constitucional”.

19. El artículo 239 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que los magistrados de la Corte Constitucional son nombrados por el Senado de la República, es decir, por el Poder Público legislativo para un periodo de ocho años de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte suprema de Justicia y el Consejo de Estado; por su parte, la Constitución Española de 1978 contempla en el artículo 159 que los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Rey, de los cuales cuatro son a propuesta del Congreso, cuatro del Senado, dos del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

20. Ver LINARES, Sebastián. La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, Madrid, 2008.

capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales”²¹.

Como se puede observar, se trata de una legitimidad vista desde dos puntos de vista, el primero desde el acceso y ejecución del poder con un sentido democrático es decir de las mayorías y el segundo, a partir de la resolución de las dificultades desde la justicia social y el derecho; criterios que muestran el sentido político y jurídico en el mismo.

En efecto, cuando se hace referencia al criterio democrático de la legitimidad se está en el campo de la participación ciudadana que a través de los medios que le ha otorgado la ley en sentido genérico interviene en la conformación del poder, como puede ser el voto que determina la elección de autoridades de las diversas ramas del Poder Público²²; de la misma manera, al hacer alusión a la legitimidad desde la perspectiva jurídica se está refiriendo a las actuaciones de Poder Público acordes al Principio de Legalidad con un carácter genérico, ya que no es otro el fundamento de ser ajustadas al derecho y a la justicia.

Así las cosas, de los criterios expuestos por la Corte Constitucional la legitimidad se puede identificar en un sentido estricto con la participación de la voluntad democrática que determina mayorías en la conformación del Poder Público y en un sentido que voy a denominar lato, en cuanto a la conformidad con el derecho, es decir con el Principio de Legalidad, llevándonos al campo de la validez.

La legitimidad en sentido estricto presenta serios cuestionamientos respecto a la actividad de control de constitucionalidad, en la medida que como lo indiqué en acápite precedente no es ejercido por las mayorías, sino por personas designadas o elegidas a través de mecanismos distintos al voto popular por ejemplo; argumentación que no es tan exigente respecto a la denominada lata, por cuanto la misma implica la concordancia con el Principio de Legalidad en una clara expresión de respeto del derecho y la justicia, es decir a que sea válido.

21. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, donde se puede ver que la legitimidad está íntimamente ligada con el ejercicio del poder dentro del derecho, es decir de la legalidad en sentido genérico; lo que significa para el interés que nos asiste en la investigación, que el mismo está dentro del marco del Principio de Legalidad.

22. El artículo 40 de la Constitución de Colombia de 1991 establece por ejemplo, que todos los ciudadanos pueden intervenir en la conformación del poder político, siendo elegidos o eligiendo a sus representantes en el legislativo; circunstancia que es idéntica en el sistema jurídico español cuando la Constitución de 1978 en el título III artículos 68 y ss hace referencia a las Cortes Generales y su forma de elección.

Analicemos entonces la legitimidad del control de constitucionalidad desde los distintos aspectos a que se ha hecho referencia anteriormente, así:

3. LEGITIMIDAD EN SENTIDO LATO

He venido indicando que el control de constitucionalidad lo puedo clasificar como legítimo desde un criterio lato, por cuanto ha de estar de acuerdo con el orden jurídico, es decir provenir del derecho y ejercerse acorde con el mismo, dando lugar a que se pueda identificar como válido, ya que el criterio jurídico de validez se identifica en la concordancia con normas jurídicas, es decir obligatorias, de rango superior.

Implica lo anterior, que se trata de una legitimidad formal que si bien es cierto analizaré más adelante, por ahora digo se identifica en el respeto y concordancia con normas jurídicas superiores sin entrar a analizar el contenido de las mismas, es decir, su materialidad; por tal razón, la legitimidad lato del control de constitucionalidad es la simple constatación de que esté previsto normativamente y se ejerza dentro de regulaciones con el mismo carácter.

Para el caso que nos ocupa, es preciso indicar, que tanto la Constitución Española como la Carta Superior de Colombia consagran el control de constitucionalidad de manera expresa cuando en su articulado así lo prevén; que para el caso colombiano el artículo 241 expresa:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

- 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
- 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

5. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
6. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
7. *Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*
8. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*
9. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
10. *Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*
11. *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva... ”²³.*

Por su parte en el sistema jurídico español se encuentra regulado en el artículo 161 constitucional, que hace referencia a la competencia del Tribunal Constitucional, la cual incluye el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, entre otras, lo que determina una legitimación formal o legal del control constitucional que determina validez del mismo²⁴.

23. Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que ha de leerse para lo que nos ocupa en estricta concordancia con el artículo 4 de la misma Carta Superior, que hace referencia a la supremacía de la Constitución respecto de cualquier otra norma jurídica.

24. Ver artículos 161 y ss de la Constitución Española de 1978.

Se trata entonces de una legitimidad fundada en las competencias que la ley en sentido genérico otorga a uno o unos órganos del Estado de verificar y realizar la protección de las normas constitucionales frente a las demás normas jurídicas, en el entendido de concordancia entre unas y otras, lo cual es consecuencia de la jerarquía normativa entre ellas; significa, que se trata de un control fundado en la habilitación o reserva de ley en sentido genérico, por cuanto está previsto en norma jurídica y de una u otra manera reservado a norma jurídica dentro de la distribución de competencias de los diversos poderes públicos en el Estado de Derecho²⁵.

Constituye una legitimidad de consagración, ya que una norma de orden constitucional o legal en sentido formal prevé la existencia del control constitucional, sin que por ahora sea preciso ocuparme de su contenido porque lo haré más adelante

4. LEGITIMIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Cuando hago referencia a la legitimidad en sentido estricto me ocupo de verificar si el control constitucional corresponde al querer de las mayorías en el entendido democrático del término, es decir, si lo podemos identificar con decisiones que impliquen la expresión de voluntad popular o si por el contrario corresponde a manifestaciones de grupos o sectores sociales que por alguna circunstancia son investidos del ejercicio del Poder Público de control constitucional.

Así como sucede con el Poder Público legislativo que normalmente ejerce una representación del pueblo y es investido de la facultad de expedir regulaciones normativas con el carácter formal de ley, se podría esperar que los tribunales constitucionales encarnaran y ejercieran su competencia de guarda de las normas constitucionales como consecuencia de la expresión democrática del pueblo, dando lugar a una legitimación estricta del control constitucional, porque corresponde a la expresión de las mayorías democráticas, es decir, a un consenso general.

Significa lo anterior, que el control debería ser ejercido por las mayorías y no por un grupo pequeño de magistrados que conforman las cortes constitucionales o cuando el control es difuso como en el sistema jurídico colombiano, por parte de un funcionario investido de jurisdicción, que pueden y puede sacar de la vida jurídica una norma por ser contraria a las regulaciones constitucionales, siendo que la misma ha sido dictada por un poder como es el legislativo que constituye la voluntad mayoritaria del pueblo.

25. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, obra citada p. 261, muestra las diferentes funciones de los poderes públicos en el Estado de Derecho en un sentido de respeto normativo, a través de las diversas formas de comunicación que implica cada una de ellas.

Parece un contrasentido que una minoría como se ha de concebir un tribunal constitucional para el ejercicio del control a que nos hemos venido refiriendo, pueda sacar de la vida jurídica una norma que ha sido expedida por el Congreso que encarna mayorías en el ejercicio de la voluntad democrática y su función natural es hacer la ley a la cual está sometiendo el control de constitucionalidad.

Pero la anterior argumentación no es tan clara, porque el control constitucional se determina legítimo en sentido estricto, así no lo parezca, por cuanto al igual que cuando el poder legislativo expide una ley formal, expresa voluntad mayoritaria desde dos puntos de vista, el primero en la medida que las decisiones son colegiadas y en esta circunstancia la mayoría determina el control, y el segundo, porque los tribunales constitucionales como en el caso colombiano involucran la voluntad mayoritaria del pueblo cuando son elegidos para los cargos, así sea de manera indirecta²⁶.

Sin embargo, es preciso que analicemos más detalladamente las mayorías democráticas en el ejercicio de la función de expedir leyes y las que se configuran en el control constitucional, es decir, en el acto que es objeto de control y en el ejercicio del control para determinar la existencia de una legitimidad, porque como lo he venido indicando desde tiempo atrás, ha surgido la duda de la legitimidad del control constitucional en cuanto al ejercicio del mismo por los tribunales o cortes constitucionales, en la medida que se ha considerado de alguna manera como un control político²⁷ y no como un control de derecho o si lo puedo llamar jurídico²⁸ y de esta manera debería ser ejercido por quien o quienes representan las mayorías dentro del Estado.

Significa que las inquietudes respecto de la legitimidad en sentido estricto en cuanto a quién ejerce el control de constitucionalidad se derivan de dos aspectos que corresponden a la existencia o no de un fundamento democrático en el sujeto que lo realiza (sujeto en cuanto al órgano que lo efectúa) respecto a la representación o no de mayorías dentro del Estado y a la naturaleza del mismo, es decir, si se trata de un control político o jurídico²⁹.

26. En el ordenamiento jurídico colombiano, los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República que hace parte del Poder Público legislativo y que es elegido por voto popular. En España es el Rey quien designa los magistrados del Tribunal constitucional, sin que olvidemos que el monarca conlleva la voluntad popular.

27. Ver SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, al referirse al guardián de la Constitución hace referencia al Presidente del Reich por ser el elegido mayoritariamente.

28. KELSSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, plantea que el control de la Constitución debía ser ejercido por un Tribunal Constitucional, es decir, de naturaleza jurídica y no política.

29. BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 237 y ss, hace un análisis del constitucionalismo y democracia, indicando como la Corte

El primer evento corresponde a la legitimidad en sentido estricto, es decir, de quien ejerce el control de constitucionalidad, (el segundo lo trataré en la legitimidad material) el cual se viene analizando en este acápite, que determina un criterio subjetivo en el concepto de mayorías indicado, por cuanto se trata de cómo se adquiere la competencia de Poder Público para realizar el control de constitucionalidad, que está en estricta relación con el órgano o sujeto que expide el acto controlado.

En esta medida, quien ejerce el control de constitucionalidad debe estar asistido de una legitimidad democrática para el mismo, ya que se trata en principio de un control negativo en cuanto que puede dar lugar a que salga de la vida jurídica un acto expedido por el Poder Público legislativo o el Poder Público administrativo, los cuales han adquirido la competencia para expedir regulaciones normativas legales por la voluntad de la mayoría democrática en el Estado al haberlos elegidos popularmente³⁰.

Significa lo anterior, que si la autoridad que expide el acto que es objeto de control de constitucionalidad tiene una investidura democrática en cuanto a su elección por mayorías, de esa misma manera lo debería tener quien realiza el mentado control, porque de lo contrario se estará vulnerando la voluntad popular contenida en la elección del Congreso y de la máxima autoridad administrativa, en la medida que la minoría estaría determinando el actuar de la mayoría, surgiendo así un grave inconveniente respecto de la fuerza vinculante de las decisiones de la mayoría respecto de la minoría y en tanto sea posible que la segunda pueda sacar de la vida jurídica una norma expedida por la primera, se estará frente al poder superior contramayoritario que vulnera principios democráticos³¹.

Significa entonces, que como los tribunales constitucionales no son elegidos por la decisión mayoritaria de las personas, en la medida que por regla general no devienen del voto popular, circunstancia que sí ocurre en el caso del legislativo y el administrativo, no existiría legitimación en sentido estricto para que dichos órganos dentro de la estructura del Estado

Constitucional de Colombia ha ido ganando terreno en el control político especialmente en asuntos de derechos sociales.

30. No se olvide que tanto el Congreso o Parlamento como el Presidente de la Republica son elegidos por voto popular lo cual refleja mayorías democráticas en su conformación; circunstancia que es similar en el sistema español.

31. LINARES, Sebastián. La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 241-242 expresa al respecto: *“En la literatura política contemporánea, el problema de la dificultad contramayoritaria ha sido abordado normalmente como un conflicto que enfrenta a dos posiciones categóricas irreconciliables. De un lado, están aquellos que defienden que, en las circunstancias de la política, las mayorías democráticas deben tener la última palabra institucional. Así, esta postura rehúsa aceptar el control judicial de las leyes en el marco de una constitución rígida (Waldron, 1993a; 1999a). Del otro lado, están aquellos que consideran que los derechos reconocidos en la constitución son - y deben ser - cartas de triunfo respecto de cualquier pretensión mayoritaria que pretenda ignorarlos o conculcarlos. Para esta posición, las constituciones rígidas y los sistemas robustos de revisión judicial de las leyes resultan justificables” (Dworkin, 1977; 1996).*

ejerzan el control de constitucionalidad y en esta medida, correspondería realizar el control a uno con la misma forma de designación democrática.

Pero si se analiza con detalle la argumentación de una supuesta falta de legitimación en sentido estricto de la Corte o Tribunal Constitucional para ejercer el control constitucional por no ser elegidos sus integrantes por las mayorías y en esta circunstancia vulnerar criterios democráticos, se puede verificar que esto no es así y que el fundamento mayoritario de legitimidad se encuentra tanto en la designación de los magistrados como en el ejercicio de dicho control.

En efecto, puede que los integrantes de la Corte o Tribunal Constitucional no sean elegidos por voto directo como se hace en el caso de los miembros del Congreso, Parlamento o el Presidente de la República, pero esto no les quita legitimidad en su ejercicio de control constitucional por ausencia de una mayoría democrática, por cuanto son designados por un órgano que sí fue elegido directamente por el pueblo a través del acto de votación y en estas circunstancias, la investidura de mayoría se traslada a los integrantes del órgano de control constitucional.

Significa, que es una expresión democrática indirecta de elección como ocurre usualmente en los estados modernos, por cuanto no es posible siempre la elección por voto directo, ya que el número de personas y las conformaciones estructurales de la organización estatal no lo permiten y se hace necesario por tanto establecer formas de elección indirectas, como en el caso de los miembros de los tribunales constitucionales.

Pero dichas modalidades de designación no le quitan el carácter mayoritario, por cuanto que quien las realiza ha sido elegido o designado por mayorías, adquiriendo una investidura para realizar elecciones indirectas cumpliendo con ello con el criterio democrático exigido; lo que muestra que la legitimidad democrática en sentido estricto respecto del control constitucional se cumple plenamente, ya que en el caso colombiano los Magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República que a su vez lo ha sido por voto directo del pueblo y en tal modo la representación directa de unos genera la representación indirecta de los otros, pero en cualquier caso se trata de expresión democrática.

Para el caso del sistema jurídico español, los integrantes del Tribunal Constitucional son designados por el Rey a propuesta del Congreso, Senado, el Gobierno y el Consejo del Poder Judicial, todos ellos representando de una u otra manera la mayoría democrática del pueblo español y trasladando sus investiduras a quienes conforman el alto tribunal que guarda la Constitución de este país.

En el mismo sentido de la designación ocurre con las decisiones que se toman en ejercicio del control constitucional, en cuanto se puede sacar de la vida jurídica una norma con el carácter de ley en sentido formal al ser un acto expedido por el legislativo o por el ejecutivo, que conllevan la voluntad popular por haber sido elegidos por la mayoría democrática y si se declara la inconstitucionalidad se podría pensar que la voluntad minoritaria estaría primando sobre la mayoritaria, lo que haría ilegítimo el control.

Lo anterior no es así y con un argumento muy similar al que propuse en los acápites precedentes, la voluntad en el acto de declaratoria de inconstitucionalidad de una ley refleja la voluntad mayoritaria democrática, por cuanto el Tribunal o Corte Constitucional manifiesta el querer popular de manera indirecta, al haber sido investida de la competencia para hacerlo a través de las formas previstas en la ley en sentido genérico³², que conforman la representación popular y por tal su voluntariedad decisoria en este caso de protección de la Constitución³³.

Se trata entonces el control constitucional de decisiones mayoritarias democráticamente indirectas, que buscan la protección de la Constitución de vulneraciones realizadas por el Poder Público legislativo a través de normas con el carácter de ley en sentido formal; adquiriendo de esta manera una legitimidad en sentido estricto como la he venido denominado, por cuanto es la mayoría democrática quien lo ejerce a través el órgano correspondiente y las decisiones que se toman.

Así las cosas, no puede pensarse que como el control de constitucionalidad es ejercido por un grupo de magistrados o por un juez en particular, se estén violando contenidos democráticos y por tal razón vulnerando la soberanía popular³⁴, en la medida que dichos

32. Se trata de una democracia indirecta que no es otra cosa que la representación popular como mecanismo decisorio dentro del Estado, cuando por diversas circunstancias no es posible hacerlo a través de formas directas de decisión, el cual ha sido utilizado desde la antigüedad como lo expresa KAUSKY, Karl. *Parlamentarismo y democracia*, Editorial Nacional, Madrid, 1982, p. 109, cuando dice: *“Desde remotos tiempos y ya en el periodo de los bárbaros, nos encontramos con huellas de instituciones representativas.*

De hecho a medida que se extiende el ámbito de los asuntos públicos, a medida que su círculo de acción se dilata y resulta imposible despachar estos asuntos celebrando asambleas populares donde todos pueden participar, se vio cada vez más nítidamente la necesidad que las asambleas generales fuesen sustituidas por otras en que sólo tomaran parte algunos representantes de la comunidad”.

33. Tengo que decir que la representación como forma democrática es la manera que por regla general los pueblos actuales toman las decisiones, por cuanto la modernidad y el desarrollo impiden decisiones directas de las comunidades nacionales; es decir, que la democracia indirecta es la que prima actualmente y para esto ver: SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 129, quien expresa: *“En la democracia moderna, las principales decisiones políticas son adoptadas por representantes electos y no por los ciudadanos. Teóricamente estos representantes no son delegados que representan intereses particulares sino que representan intereses generales”.*

34. Es conocida la expresión de Hobbes que la soberanía corresponde a quien ejerce el control y en estas circunstancias, podría parecer que el pueblo ha perdido su poder soberano el cual es trasladado a los jueces en este

critérios se mantienen a través de la representación, es decir, de la designación de personas para la realización de actividades que en principio le corresponderían al pueblo pero que por distintas circunstancias no lo puede hacer directamente³⁵; lo que determina que no sea cierta la afirmación que cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica, se está contrariando la voluntad de la mayoría que ha sido expresada a través del legislativo o del administrativo, ya que en cualquier caso se está frente a una representación popular, por cuanto el pueblo no legisla directamente sino que lo hace por intermedio del Parlamento o Congreso³⁶.

Considero que existe una legitimidad del control constitucional en lo que he denominado sentido estricto, sin que se vulneren postulados democráticos, cuando un Tribunal Constitucional saca de la vida jurídica una norma de tal carácter por contrariar la Carta Superior, por cuanto se está expresando voluntad mayoritaria en el ejercicio del poder soberano del pueblo, que ha investido a ese juez para realizar una actividad que en principio le corresponde, pero que no puede ejercer directamente; es decir, que lo ejerce a través de la representación³⁷, y que lo único que evidencia es que el Estado y la actividad del mismo esté sometida al derecho o a la legalidad en sentido genérico, en este caso a la Constitución³⁸; pero que no puede realizar directamente el pueblo por una imposibilidad material, teniendo en cuenta las modernas estructuras estatales, sin que esto afecte la sustancialidad democrática de las mayorías³⁹.

caso a quienes realizan el control constitucional.

35. SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 129, expresa: “*La democracia moderna es, inevitablemente, representativa... Existe una democracia representativa cuando quienes participan en las deliberaciones que conducen a la adopción de las decisiones colectivas son personas que han sido elegidas con esa finalidad*”.

36. BICKEL, Alexander. The least dangerous branch, en cita que hace SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 193, plantea que cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una norma se está contrariando la voluntad de los representantes del pueblo y por tal de la mayoría; argumentación que pierde peso en el ámbito de la democracia representativa, por cuanto tanto quien expide la norma como quien ejerce el control actúan como representantes del pueblo.

37. BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución, en CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 220, identifica esta postura cuando menciona: “*En contra de esta conclusión suelen esgrimirse algunos argumentos típicos. Quizá el más usual es el que nos recuerda, por un lado, que la opinión de la mayoría de los ciudadanos no se refleja sin distorsiones en la mayoría de sus representantes; y por otro que, si de credenciales representativas se trata, en la mayoría de los sistemas los jueces constitucionales no está totalmente desprovistos de ellas (puesto que suelen ser elegidos por órganos que ostentan a su vez una representatividad de primer o de segundo grado)*”.

38. Se trata entonces del Estado y en este caso el Poder Público legislativo sometido al derecho, pero además en el derecho porque se expresa a través del mismo; ver SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 93.

39. Bien dice BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia, 8ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 51: “*Si por democracia directa se entiende estrictamente la participación de los ciudadanos en todas*

5. LEGITIMIDAD MATERIAL

La legitimidad material hace referencia al objeto del control de constitucionalidad, es decir, a lo que es exigible de concordancia entre la norma legal respecto al contenido de la Constitución, es decir, que las regulaciones normativas del Poder Público legislativo y en determinados casos el administrativo, deben ajustarse a estipulaciones y prescripciones que se encuentran en el contenido superior de la Carta Política.

Significa lo anterior, que las normas jurídicas deben estar acordes con los principios, reglas y valores previstos en la Constitución desde un criterio sustancial, en el entendido que la misma los ha preestablecido y por tal razón son exigibles dentro del Estado de Derecho a través del control de constitucionalidad, que es realizado por regla general por un Tribunal o Corte Constitucional como órgano distinto a quien expide el acto controlado.

En este caso es necesario precisar una circunstancia que dará claridad a la legitimidad del control de constitucionalidad desde el punto de vista material, la cual corresponde al cuestionamiento de por qué el juez constitucional puede sacar de la vida jurídica una norma expedida por legislativo o el administrativo en su función de legislar, siendo que ha sido expedida por quien encarna la voluntad popular; cuestionamiento que se puede expresar en: por qué los contenidos normativos legales tienen que someterse a los contenidos constitucionales siendo que han sido proferidos por el Poder Público legislativo en ejercicio de la voluntad popular.

Lo anterior nos lleva a indicar, que dentro del Estado de Derecho existen normas jurídicas de jerarquía superior⁴⁰, las cuales se encuentran previstas en la Constitución y que han de ser respetadas por las de inferior jerarquía desde un criterio material o sustancial, en el entendido que tiene que existir concordancia entre la regulación legal y las prescripciones, principios reglas y valores previstos en el texto constitucional⁴¹.

las decisiones que le atañen ciertamente la propuesta es insensata. Es materialmente imposible que todos decidan todo en sociedades cada vez más complejas como las sociedades industriales modernas...”.

40. Hago referencia a normas jurídicas en el sentido de obligatoriedad de las mismas y por esta razón, oponibles o exigibles, de las cuales ha de estar dotada una Constitución como lo expresa PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 111, cuando dice: “*Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la organización del poder y de las fuentes del Derecho - que son dos aspectos de una misma realidad-, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles*”.

41. Ver QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano*, 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 40, sobre los contenidos de una Constitución.

Pero si esto es así, el cuestionamiento formulado anteriormente alcanza plena validez, ya que no parece justificable que cuando una norma legal que es expedida por el Poder Público facultado para hacerlo y que representa la mayoría política democrática, tiene que subordinar su expresión de voluntad al contenido de una regulación que ha sido producida en momentos y circunstancias distintas, es decir, desde una sustancialidad diferente.

En tal sentido es preciso indicar, que las regulaciones constitucionales corresponden a un momento político determinado⁴², es decir, que en las mismas se incluyen contenidos vigentes a las circunstancias fácticas en que el acto constitucional llega al mundo del derecho, que dan lugar a la materialidad de la norma superior y de una u otra forma al modelo de control de constitucionalidad, que se adopta por la voluntad popular democrática; las cuales entran en contradicción o lo que alguna doctrina denomina tensión, con las regulaciones legales que de la misma forma corresponden a un momento político determinado, que no se identifica con el de la regulación constitucional. Esto es lo que en términos concretos corresponde a lo que se regula en el texto legal frente al de carácter constitucional⁴³.

No es otra la tensión o contradicción material entre las regulaciones legales y constitucionales que determinan el control de constitucionalidad, por esta razón, el juez o tribunal constitucional encargado de verificar la concordancia material entre la norma legal y la constitucional, deberá tener en cuenta las circunstancias fácticas que determinaron a cada una de las mismas y como muy seguramente son distintas, los contenidos de una y otra se contradicen, por tal razón entrará a declarar la inconstitucionalidad de la regulación legal, pero con un alto grado de subjetividad ya que las condiciones que he denominado políticas se tornan diferentes⁴⁴.

42. Utilizo el término momento político determinado para evidenciar circunstancias fácticas generadoras de regulaciones constitucionales, que no son otra cosa que la expresión de la voluntad democrática de las mayorías, es decir, de poder, que en palabras de Bobbio en referencia a Max Weber uno se identifica con el otro; ver BOBBIO, Norberto y BOVERO Michelangelo. Origen y fundamentos del poder político, Editorial Grijalbo, México, 1984, p. 25.

43. SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 183, a quien hemos seguido muy de cerca en este tema, lo identifica como la tensión general entre el constitucionalismo y la democracia respecto de qué puede decidir el legislativo y que no por las limitaciones del control constitucional, sin que se afecten postulados democráticos. Específicamente dice: “*Detrás de esta tensión general se encuentra el problema que nos ha acompañado desde el inicio de nuestro recorrido: ¿hasta qué punto es posible limitar, no solamente desde el punto de vista procedimental (cómo decidir) sino también desde el punto de vista material (que cosa se decide o cómo se decide), la soberanía popular sin desnaturalizarla? O, desde el punto de vista del ideal constitucional ¿cuánta libertad positiva pueden soportar los límites que impone la constitución rígida?*”.

44. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, obra citada, p. 272, lo identifica como el estado de cosas, que lleva a la discrecionalidad del juez.

Se trata entonces de circunstancias vigentes al momento de la creación de la norma constitucional las que determinan que la norma legal salga de la vida jurídica⁴⁵, en la medida que fueron las que fundamentaron el contenido de la regulación vulnerada, por tal razón y como se trata de un análisis iusfilosófico-político el que nos ocupa y no de orden sociológico, me concentraré estrictamente en el contenido de las regulaciones constitucionales y su adopción democrática en su relación con el control de constitucionalidad para determinar la legitimidad del mismo.

Así las cosas, debo decir, que el contenido de las regulaciones constitucionales determinan que como resultado del control de constitucionalidad una norma legal en sentido formal, es decir, expedida por el Congreso o Parlamento salga de la vida jurídica, por existir una violación material, es decir del contenido constitucional, lo que hace que el Poder Público legislativo tenga que someterse de manera estricta al mismo; siendo preciso indicar entonces, que no es posible contradecir una norma superior, ya que la norma legal se debe ajustar a ella y en esta medida, nos encontramos frente a regulaciones preestablecidas que condicionan y determinan el ejercicio legislativo, constituyendo de una u otra manera una limitación a dicho Poder Público en su expresión democrática.

La anterior argumentación, evidencia que el contenido sustancial constitucional ha de ser respetado y limita el ejercicio legislativo (mayoritario democrático), por cuanto consagra principios, valores y reglas encaminadas a garantizar derechos de diversa naturaleza entre ellos los fundamentales, que deben ser respetados como premisa primordial del Estado de Derecho⁴⁶, con la finalidad de mantener un equilibrio en las relaciones de poder entre las

45. Pareciera un criterio weberiano donde las circunstancias fácticas determinan el control de constitucionalidad, lo cual en cierto sentido es así, pero no es el eje central de lo que nos interesa, porque se trata de la legitimidad del mismo a partir del contenido tanto de la norma constitucional respecto de la legal, es decir, de las regulaciones previstas en cada uno de los textos enfrentados; pero para ver la legitimidad del poder político y en tal medida el control de constitucionalidad desde un análisis social si es que lo puedo llamar así, ver WEBER, Max. *Economía y sociedad*, edición preparada por Johannes Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

46. Aunque la noción de derecho fundamental puede tener algunas variables, considero de interés traer a colación lo que plantea BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 77-78, en referencia a lo expresado por Rober Alexy y otros doctrinantes, así: *"En esta investigación partiremos del concepto de derecho fundamental como un todo (Grundrecht als Ganzes), que designaremos mejor como derecho fundamental en sentido lato, formulado por Robert Alexy para esclarecer la estructura de cada uno de los derechos fundamentales. De acuerdo con este concepto, todo derecho fundamental se estructura como un haz de disposiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental"*; más adelante agrega: *"M. Medina Guerrero sostiene que todo derecho fundamental puede entenderse como un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación - conectado con el ámbito material que da nombre al derecho- que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares...y L. Agukar Luque sostiene que los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos"*.

minorías y las mayorías, en la medida que su titularidad radica en unas como en las otras⁴⁷.

Por tal razón, se han identificado unas regulaciones normativas constitucionales de referencia, que constituyen un marco estable, para algunos inmutable, al cual se tienen que someter materialmente las leyes en sentido formal y que corresponden a las normas de derecho fundamental⁴⁸, es decir, aquellas que consagran los derechos fundamentales y que por constituir la sustancialidad en las regulaciones normativas superiores no pueden ser modificadas sino a través de procedimientos bien rigurosos.

Pero dicha concepción entra en choque con los poderes democráticos en cuanto a que se está limitando el querer de las mayorías, pero no solo de las mayorías, sino de las actuales, porque se ha de reconocer que dichos contenidos sustanciales son determinados de una u otra forma al momento de traer a la vida jurídica la regulación constitucional y pueden no corresponder al tiempo en que se expide la regulación legal formal; además, porque quien verifica el respeto de la norma de carácter superior es el Tribunal Constitucional quien hace las interpretaciones correspondientes para establecer la concordancia y en esta medida su actuar en gran sentido se torna subjetivo⁴⁹.

Por tal razón, el control de constitucionalidad en un criterio de legitimidad material, previsto como la verificación de la concordancia sustancial de las normas legales respecto de las constitucionales, es decir en el contenido o respecto del “que” de la regulación, se torna controversial especialmente en una postura de campos o asuntos que son intocables dentro del texto superior y han sido denominados como el coto vedado⁵⁰ o lo indecible⁵¹, para determinar la garantía de los derechos fundamentales previstos, porque lleva a la

47. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, cita que hace VÁSQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos humanos y argumento mayoritario, en Normas, razones y derechos, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 243, lo presenta de la siguiente manera. *“Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales concedidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”*.

48. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, obra citada, p. 79 las identifica con las proposiciones de deber ser que han de contener las disposiciones iusfundamentales de la Constitución.

49. La indeterminación normativa, especialmente en el orden constitucional exige su interpretación y es donde entra en juego la discrecionalidad del juez constitucional en el ejercicio del control que realiza; para identificar clases de normas, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos, Marcial Pons, Madrid, 2011.

50. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho, ética y política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 631 y ss.

51. FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 773 y ss.

inmutabilidad tanto de las regulaciones constitucionales como legales y en esta medida pareciera que el orden jurídico y político se estatizara en el sentido de una quietud inexorable.

Todo gira en torno a regulaciones que en función del reconocimiento de derechos fundamentales predeterminan el ordenamiento jurídico y que, cualquier regulación legal en contrario se torna inconstitucional así haya sido expedida en el ejercicio del poder de las mayorías democráticas; es una confrontación del contenido normativo que pone en evidencia la pugna entre la decisión mayoritaria que podrá incluir muy seguramente intereses de la comunidad, respecto de los particulares que han de estar previstos en los derechos fundamentales que se deben respetar.

En efecto, dicho choque o contradicción no es más que la expresión de la pugna que se presenta entre los derechos subjetivos de las personas porque a eso hacen referencia los derechos fundamentales, respecto de los intereses de la comunidad, es decir, los de orden democrático en el entendido del criterio mayoritario que son jerarquizados por la consagración constitucional, así como por el juez en el ejercicio del control de constitucionalidad y que es a lo que hace referencia la subjetividad que mencioné anteriormente.

En cuanto a la pugna de derechos subjetivos dentro de los cuales están los fundamentales⁵², respecto a intereses generales, se ha identificado como una manifestación de tensión entre la órbita privada en lo referente a los derechos y la órbita pública en alusión a los intereses generales; como si se tratara de dos ámbitos plenamente separables y que de una u otra manera se contraponen.

Así las cosas, con la existencia de un marco de relación normativa sustancial constitucional que no se puede tocar por regulaciones legales en principio de carácter democrático mayoritario, los derechos subjetivos primarían respecto de los intereses públicos de la colectividad y en esta circunstancia, podría pensarse que la órbita privada a que hice referencia prevalece sobre la pública, desvirtuando postulados como el que indica que dentro de un Estado de Derecho han de primar los intereses generales y que el interés particular tiene que ceder ante el interés general.

Es una concepción que pareciera contrariar los criterios democráticos de las mayorías en pro de las minorías para garantizar el ejercicio del control constitucional y darle de esta manera legitimidad, lo cual adquiere mayor evidencia con respecto a quien lo ejerce, que en principio no representa a las mayorías pero en cambio quien expide la ley sí y sin embargo,

52. Identifico los derechos subjetivos en el entendido de pertenecerle a la persona, al sujeto y en esta medida se incluye a los de carácter fundamental por ser propios de ella.

es posible que como consecuencia de dicho control una norma legal con el supuesto carácter mayoritario en una voluntad democrática, sea sacada de la vida jurídica.

Significa que el carácter preferente de los derechos subsiste respecto de la voluntad política democrática y que el ordenamiento jurídico en la interrelación normativa legal - constitucional se estructura a partir de la primacía de regulaciones constitucionales subjetivas en el entendido de derechos fundamentales, que se constituyen en un bloque inamovible de contenidos previstos en la Constitución que subyugan la actividad legislativa y en esta medida limitan la voluntad del pueblo, que puede estar encaminada a la protección de minorías principalmente, en cuanto a la voluntad democrática contenida en los mismos como a los derechos reconocidos o protegidos⁵³.

En efecto, los contenidos constitucionales inamovibles lo que generan es una pugna con el sentido democrático que pueden tener las decisiones normativas legislativas, porque al concretarse el control constitucional pueden prevalecer criterios particulares, en el fundamento que las normas legales salen del mundo jurídico por ser contrarias material y sustancialmente a las regulaciones superiores preestablecidas, como consecuencia de la decisión de un órgano que en principio no representa a toda la colectividad.

Pero la argumentación presentada anteriormente no es del todo correcta ni aceptable por las siguientes razones: toda Constitución desde el punto de vista normativo ha de contener principios y valores al lado de las reglas particulares, que estén asistidos de una característica normativa⁵⁴, es decir, de obligatoriedad⁵⁵ y que han de condicionar la actividad legislativa, como una forma de mantener el orden jurídico que de todas maneras tiene que ser respetado por quien dice ejercer la voluntad mayoritaria democrática, en el entendido que la mayoría tiene que actuar en el marco de alguna referencia normativa; pero además, se debe encaminar a la garantía de derechos que tienen que estar previstos en el texto constitucional, con el fin de permitir una adecuada convivencia social, en la medida que éste debe ser el fin primordial del Estado y por tal de la comunidad.

53. ALEXY, Robert. La doble naturaleza del derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 14, reconoce el carácter normativo tanto de las reglas como de los principios.

54. Esto se puede identificar en DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, 3ª reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona España, 2015, p. 211, cuando al referirse al fundamento constitucional del gobierno de Estados Unidos dice: *“La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución, y particularmente el “Bill of Rights”, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”*.

55. COMANDUCCI, Paolo. Assaggi di metaetica due en cita que hace SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada p. 92, muestra el valor positivo y normativo de la Constitución, determinado en un contenido axiológico que condiciona el ejercicio de la actividad legislativa.

No puede ser que el Poder Público legislativo en la expresión del poder político de la voluntad mayoritaria, no esté circunscrito por regulaciones normativas de contenido en su actuación, ya que toda sociedad debe mantener ciertos criterios que tienen un carácter moral y que se incluyen en la Constitución como principios y valores que determinan la actividad legislativa⁵⁶, en cuanto a que están asistidos de obligatoriedad y en este sentido es que los considero normativos, ya que de manera coercitiva limitan o controlan la voluntad de la mayoría para alejarla de la arbitrariedad y que en alguna expresión se concreta en la garantía de derechos como lo hemos indicado anteriormente⁵⁷.

Y digo morales porque la sustancialidad en los principios y valores no es más que la manifestación de un criterio moral que existe dentro del grupo social, el cual debe ser expresado en las regulaciones jurídicas ya sean de orden constitucional o legal en sentido formal⁵⁸, que pueden darse dentro de la conformación estatal o ser previos a la misma, pero que en cualquier caso condiciona la actividad pública legislativa y que como son incluidos en las regulaciones constitucionales legitiman el control de constitucionalidad en sentido material.

En efecto, los principios y valores pueden ser previos a las conformaciones estatales o generarse dentro de su existencia, pero de todas formas tienen que ser previstos en la regulación superior para que determinen el control de constitucionalidad⁵⁹, el cual se legitima

56. CALSAMIGLIA, A. en el prólogo de DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, 3ª reimpresión, obra citada, p. 7, muestra cómo Dworkin ataca al positivismo jurídico con el argumento de la distinción entre normas, directrices y principios, lo que deja ver la existencia de contenidos axiológicos en las normas como las de carácter constitucional.

57. FERRAJOLI, Luigi. Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 108: *“Es cierto, el constitucionalismo, ya lo he dicho otras veces, equivale a un conjunto de vínculos y límites a la democracia política, esto es, a la omnipotencia de las mayorías. Sin embargo, en su modelo garantista representa también, en un análisis más de fondo, una garantía, un reforzamiento y una refundación de la propia democracia política. Es en primer lugar una garantía: sin límites ni controles, el poder político de las mayorías puede destruir la democracia... Es en segundo lugar un reforzamiento: sin garantía de los derechos de libertad - de expresión, de prensa, de asociación y de reunión- y de los derechos sociales a la salud y sobre todo a la educación, no habrá tan poco ejercicio consciente e informado de los derechos políticos”*.

58. JAIME C., Miguel H. El derecho implícito, Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 116, en referencia a Dworkin dice: *“Muchos abogados se resisten a hablar de derechos morales, aunque les resulta fácil hablar de lo que está bien o mal que haga el gobierno, porque suponen que los derechos, si es que existen, son una especie de cosas fantasmales... Nos permite decir, sin riesgo de que produzca extrañeza, que la fuerza y el carácter de los derechos pueden variar de un caso a otro y de un momento a otro de la historia”*.

59. Se trata entonces de la fuerza normativa de dichos principios y valores, con fundamento en su consagración constitucional y que es lo que determina la fuerza obligatoria de la Carta Superior, como lo muestra: PRIETO SANCHÍS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación, en GASCÓN ABELLÁN, Marina, Argumentación Jurídica, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 18, cuando menciona: *“Puede parecer una obviedad, pero no lo es: el primer requisito del Estado constitucional de Derecho consiste en el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución, precisamente como norma suprema que condiciona la validez de todas las demás normas y que además es capaz de imponerse en cualquier clase de conflicto jurídico en que alguno de sus preceptos resulte relevante”*.

por dos circunstancias: la primera por cuanto adquieren fuerza obligatoria al ser consagrados en norma constitucional, es decir, al ser exigibles a través del control que nos ha venido ocupando y la segunda, porque la consagración se justifica en cuanto a que dichos contenidos axiológicos constitucionales se concretan y tienen como finalidad la garantía de derechos, sin que esto implique que lo subjetivo prime respecto del interés general legislativo que involucra voluntad de mayorías⁶⁰.

Es claro, que la voluntad de la mayoría tiene como fundamento la garantía de intereses individuales que se conjugan en la voluntad popular⁶¹, porque no debe olvidarse que las partes integran el todo y en esta medida la voluntad popular está integrada por voluntades individuales⁶², que no hacen más que buscar la preservación de sus derechos; lo que sucede es que no se pueden expresar individualmente, sino que se tienen que consensuar en la voluntad y el interés general.

Lo que pasa es que para deslegítimar el control de constitucionalidad, se ha creído que lo individual y lo general son conceptos excluyentes, al decir, que se están vulnerando criterios democráticos cuando un juez que no representa supuestamente la mayoría puede sacar de la vida jurídica un acto que ha sido expedido en ejercicio de dicha voluntad; argumentación que en mi parecer no es tan clara, porque considero que dichos conceptos más que generar exclusión lo que muestran es inclusión y que uno es fundamento del otro, ya que la voluntad mayoritaria se fundamenta en las de carácter individual, lo que ocurre es que se evidencia como unidad y en esa medida pareciera que las excluyera; pero esto no es así, por el contrario, la de carácter general se alimenta de las individuales y las toma para alcanzar sustancialidad, es decir, para existir.

De todas formas, los contenidos materiales de la Constitución deben ser respetados en el marco del Estado de Derecho, que para el caso de la investigación que me ocupa se trata de una expresión de la primacía del Principio de Legalidad en sentido genérico respecto de la actividad legislativa que es donde se concreta el control de constitucionalidad; obviamente

60. Se trata de todas formas de contenidos morales aceptados por la colectividad para determinar validez y por tal legitimidad; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 89: *“La tesis general sería que el derecho es tanto más válido, tanto más justo, cuanto más institucionaliza los procedimientos decisivos del discurso moral. Ese es el contenido moral implícito en las cualidades formales del derecho. Ese es el vínculo que une inescindiblemente derecho y moral precisamente en el tema de la validez jurídica”*.

61. Es que la voluntad individual se conjuga en la de la mayoría, inclusive desde la conformación del cuerpo político, como lo expresa LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil, Editorial Porrúa, México, 1997.

62. Tal vez aquí sería procedente traer a colación el criterio aristotélico del todo y las partes a que hace referencia en la Metafísica V, 26, 1023b 30, solo para referir la voluntad general compuesta de voluntades individuales.

sin desconocer las múltiples confrontaciones o tensiones que se presentan y que cuestionan su legitimidad, por la relación tan particular y hasta cierto punto contradictoria entre dicho control y las decisiones democráticas⁶³.

6. LEGITIMIDAD FORMAL

En lo que hace referencia a la legitimidad formal del control de constitucionalidad, lo identifico con las ritualidades, procedimientos o tramites que se deben surtir en los actos de creación de las normas constitucionales y las de carácter legal formal que determinan que las segundas han de ajustarse a las primeras so pena de correr peligro de ser sacadas del ordenamiento jurídico.

En efecto, en la mayoría de los sistemas jurídicos se ha previsto un formalismo más exigente para traer al mundo del derecho las normas constitucionales, que el requerido para las de carácter legal en el sentido de los actos expedidos por el Parlamento⁶⁴; circunstancia que ha llevado a que se cuestione la legitimidad del control constitucional, porque supuestamente no existe justificación que determine la existencia de mayor o menor rigorismo formal en uno u otro evento, más que el procedimiento democrático de la mayoría.

En un criterio argumentativo procedimental o formalista, la decisión de mayoría democrática debe ser suficiente para determinar la legitimidad de una norma expedida en ejercicio del Poder Público legislativo, sin que sea necesario establecer procedimientos distintos a través de normatividad constitucional⁶⁵, lo que significa, que los contenidos materiales de las normas constitucionalizadas no son los que determinan la concordancia entre la norma legal formal y la de la Carta Superior, sino la simple decisión que establezca un derecho y que ha sido tomada con un criterio democrático mayoritario.

63. COLÓN RÍOS, Joel I. La constitución de la democracia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 33: “*El dilema constitucionalismo/democracia, la idea de que el constitucionalismo y la democracia están en tensión o en conflicto (el primero apunta hacia un poder político limitado por una constitución suprema, la segunda insistiendo en el poder político ilimitado del soberano popular) no es solo una cuestión de interés para la teoría constitucional. De hecho, el problema ha sido objeto de tratamiento judicial en varios casos en los que, de una u otra manera, los jueces vinieron llamados a examinar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico en cuestión*”.

64. En algunos casos como Inglaterra o Nueva Zelanda no ocurre y la ritualidad es idéntica o similar.

65. LINARES, Sebastián. La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, obra citada, p. 37, expresa: “*El exponente más conspicuo de esta posición es Jeremy Waldron. Según Waldron, la regla de la mayoría (expresada en las elecciones y el procedimiento legislativo) es la única que, visto los desacuerdos, reconoce y toma en serio el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro. Y Esto no significa caer en el procedimentalismo radical. Si El procedimiento democrático tiene prevalencia, dice Waldron, es porque valoramos la igual dignidad y autonomía de las personas... Si el procedimiento democrático tiene primacía sobre las cuestiones sustantivas, precisamente, es porque éste se basa en el valor de la igual dignidad y autonomía personal, que subyace a cualquier concepción liberal de los derechos*”.

Significa que en un conflicto normativo entre una regulación legal expedida por el legislativo y una de carácter superior, quien ejerza el control de constitucionalidad debe preferir aquella que haya sido el fruto de la mayoría democrática, sin tener en cuenta criterios de sustantividad material, es decir, de contenido; en esta circunstancia los criterios a que hicimos referencia respecto del coto vedado y lo indecible como sustancialidad en la garantía de derechos pierde fuerza argumentativa, ya que si quien establece el derecho obedece a la mayoría, tiene la facultad de hacerlo y no estaría vulnerando normatividad constitucional, porque la misma debe primar⁶⁶.

Esto es, que no interesa el contenido normativo sino el procedimiento para la adopción, que deberá corresponder a criterios de mayoría democrática y en esta medida como una norma legal se expide por el parlamento que representa la voluntad popular, no se legitimaría un control de constitucionalidad de carácter sustancial, en la medida que terminaría primando el procedimentalismo de la decisión a través de la simple mayoría⁶⁷.

Por tal razón, no se justificaría un control de constitucionalidad respecto de normas adoptadas a través de la forma prevista para que el legislativo que encarna la mayoría democrática las traiga al mundo del derecho y en esta medida, las ritualidades contempladas para lo que se denomina norma ordinaria y norma constitucional deberían ser idénticas en cuanto expresen voluntad democrática; pero que en mi concepto no debe ser tan estricta tal argumentación, ya que desconocer el control de constitucionalidad desde el punto de vista formal, es argumentativamente frágil, pero también inconveniente.

La fragilidad radica, en que la existencia de formas de expresión de voluntad democrática mayoritaria se encuentran tanto en la expedición de normas de carácter legal como constitucional, es decir, que el procedimentalismo lo hallamos en unas como en las otras; lo que sucede, es que dentro de un Estado de Derecho deben existir pesos y contrapesos que se evidencian en los controles que los poderes públicos ejercen entre sí para garantizar dos cosas fundamentales, en primer lugar el propio Estado de Derecho y en segundo lugar los derechos de las personas, que pueden ser vulnerados con la expedición de los actos denominados ley en sentido formal.

66. BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución, en Neoconstitucionalismo(s), obra citada, p. 219, expresa: “El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad - o incluso meramente la mayoría de sus miembros- establezca que es el contenido de sus derechos: porque, por discutibles e infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material”.

67. SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 190, lo muestra de la siguiente manera: “Una decisión es legítimamente democrática si se respetaron las reglas que nos dicen quien está autorizado para decidir y como debe hacerlo... Desde un punto de vista estrictamente democrático, el respeto de los procedimientos constituye la única fuente de legitimidad de la decisión”.

Por tal razón, no es posible identificar desde una óptica formal la voluntad del legislador con el control de constitucionalidad, porque no se pueden separar de su sustancialidad, ya que en uno y otro caso se están refiriendo a derechos; en el primero a su existencia, reconocimiento y en el segundo a la vulneración de los mismos, por la contradicción normativa que se puede presentar dentro del sistema jurídico⁶⁸.

Esto es así y por tal razón no se puede indicar que al existir voluntad democrática mayoritaria en el acto del legislativo, no debería existir control de constitucionalidad o un órgano como el Tribunal Constitucional para ejercerlo, porque en mi parecer también encarnan voluntad democrática quienes lo realizan como lo presenté en acápite anterior y en esta razón, existiendo criterios democráticos en los dos casos llega al escenario la sustancialidad, que al ir ligada a la formalidad determina legitimidad del control de constitucionalidad, en la medida que los derechos entran en juego respecto de reconocimiento y vulneración y es preciso unas formalidades especiales para su garantía.

No se puede desconocer y menos evitar las contradicciones legislativas que se presentan en el mundo jurídico⁶⁹ y la necesidad de establecer un orden para el mantenimiento del Estado de Derecho dentro de una lógica argumentativa de realidades estructurales del mismo, lo que determina que se trate de regulaciones institucionalizadas⁷⁰, donde la jerarquía normativa constitucional ha de relucir como si se tratara de la soberanía de la Constitución⁷¹, para que se garantice el Principio de Legalidad en sentido genérico, es decir, la primacía de las normas dentro de todo el ordenamiento jurídico respecto del Poder Público, que es lo que nos ocupa en sentido estricto dentro de la presente investigación.

7. CONCLUSIONES

1. Controles como el de constitucionalidad, constituyen una clara expresión del cumplimiento del orden jurídico por parte del Poder Público; así, cuando la Corte o el Tribunal Constitucional verifican el cumplimiento normativo constitucional por parte

68. *Ibidem*, p. 268-269: “una decisión será democrática y constitucionalmente legítima si y solo si ha sido adoptada de conformidad con los procedimientos democráticos (legitimidad formal) y, al mismo tiempo, respeta los límites de contenido impuestos por la constitución (legitimidad sustancial)”.

69. RATTI, Giovanni. El gobierno de las normas, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 212, reconoce la existencia de dichas contradicciones pero también lo hace respecto de la existencia de bases comunes del derecho, que para el caso que nos ocupa las identifico con los derechos, porque tanto en las regulaciones legales formales como constitucionales los encontramos.

70. ATRIA, Fernando. Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo, en *Lagunas del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 45.

71. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil -ley, derechos, justicia-, Editorial Trotta, Valladolid España, 1995, p. 12.

de las autoridades públicas, en cuanto a que sus actuaciones y especialmente las de orden legislativo, deben ajustarse a las regulaciones previstas en la Constitución.

2. De todas formas, el Principio de Legalidad subordinante del Poder Público se refleja no solamente en el control de constitucionalidad, sino en el respeto de la integridad del orden jurídico, es decir, de la ley en sentido genérico, porque las actuaciones de las autoridades públicas deben sujetarse a las normas jurídicas que las condicionan en una estructura jerárquica.
3. Pero el principio de legalidad que somete al poder público se refleja no solamente en el control de constitucionalidad, sino en el respeto de todo el orden jurídico, es decir, de la ley en sentido genérico, porque todas las actuaciones de las autoridades públicas deben subordinarse a las normas jurídicas que las condicionan en una estructura jerárquica.
4. Lo anterior es así, a pesar que en ocasiones surgen tensiones entre cada una de las funciones de poder público por la legitimidad en el ejercicio del mentado control, como ocurre con el de constitucionalidad que es ejercido por una Corte o Tribunal Constitucional integrado por un número reducido de miembros y sin embargo, puede sacar de la vida jurídica leyes expedidas por el legislativo que representa la voluntad del pueblo, es decir, de las mayorías, y en esta medida, una minoría estaría primando sobre la voluntad mayoritaria.
5. Pero no es tan cierta la afirmación, en el sentido que en el control de constitucionalidad lo que prima es la voluntad de la minoría respecto de la mayoría, al menos en el caso de los sistemas jurídicos colombianos y español, porque la Corte y el Tribunal Constitucional representan al igual que el legislativo la voluntad mayoritaria, en este caso de una forma indirecta, lo cual les legitima para el ejercicio de dicho control, sin que se presente lo que se ha definido como voluntad contra mayoritaria, sino una de orden mayoritaria.
6. Es claro que la voluntad de las mayorías intervine en la conformación del poder público legislativo, cuando elige los miembros del Parlamento o Congreso, ya que en los estados modernos la representación es el medio adecuado que se utiliza para tal fin; pero de la misma forma lo hace en la designación o elección de los miembros de la Corte o Tribunal Constitucional, ya que estos son designados por quienes han sido elegidos por el pueblo y en esta circunstancia su intervención es indirecta, pero de una u otra manera se trata de participación mayoritaria.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2001). *Teoría del discurso y derechos humanos (3a reimp)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2008a). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2008b). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Aragón Reyes, M. (1999). *Constitución y control del poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Araujo Rentería, J. (2015). *Filosofía o teoría del Derecho Constitucional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J. J., Navarro, P. E., Rodríguez, J. L. y Ruiz Manero, J. (2005). *Lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios (Trad. L. Criado Sánchez)*. Madrid: Marcial Pons.
- Burdeau, G. (1966). *Droit Constitutionnel et institutions politiques (15a ed.)*. Paris: Librairie Générale des Droit et Jurisprudence.
- Candamil Pinzón, J. G. (2014). *De la grundnorm a la metanorma constitucional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s) (4a ed.)*. Madrid: Trotta, Madrid 2009.
- Colón Ríos, J. I. (2013). *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Echeverri Uruburu, A. (2014). *Teoría constitucional y ciencia política*. Buenos Aires: Astrea.

- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Güechá Medina, C. N. (2019) *Poder público y principio de legalidad*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Higuera Jiménez, D. M. (2012). *Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina*. s.l.: Editorial Académica Española.
- Linares, S. (2008). *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales (2a ed.)*. Madrid: Trotta.
- Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano (6a ed.)*. Bogotá: Temis.
- Ratti, G. (2013). *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Velandia Canosa, E. A. (Dir.). (2015). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Legis.

SEGUNDA PARTE
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA
CODIFICACIÓN

CAPÍTULO VII

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL*

*Eduardo Andrés VELANDIA CANOSA***

1. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal constitucional es de naturaleza jurídica mixta, ya que nace o tiene su origen en la Constitución, pero se reglamenta o desarrolla en la ley. En efecto, en la propia Constitución se identifican sus fundamentos estructurales del derecho procesal constitucional: (i) procesos constitucionales; (ii); jurisdicción constitucional; y, (iii) acceso a la jurisdicción constitucional, pero su desarrollo corresponde a la ley¹.

Por lo expuesto, debemos preguntarnos sobre los referidos fundamentos constitucionales a identificar para que se pueda expedir un Código Procesal Constitucional en Colombia. En este orden de ideas, deberán identificarse (i) el fundamento constitucional de la codificación constitucional; (ii) el tipo de ley que debe adoptar el código; (iii) las instituciones constitucionales que estructuran el código procesal constitucional; y, (iv) las reformas o adecuaciones constitucionales necesarias para poder crear un verdadero sistema de justicia constitucional en Colombia.

* El presente capítulo de libro, hace parte del proyecto de investigación de la Universidad Libre, denominado “*sentencias de unificación y extensión de fallos*”, grupo de investigación en derecho privado y procesal, número 11010120.

** Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; ex Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro de las asociaciones Argentina de Derecho Constitucional, Argentina de Derecho Procesal Constitucional, Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Bogotá); profesor del Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (Italia), de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Cali, Colombia) y de la UEES (Guayaquil, Ecuador), de la Maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y de la maestría en derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia); profesor de la Especialización en Derecho Constitucional de la UBA (Argentina) y de la Especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia). eduardoandresvelandiacanosa@acdpc.co.

1. *Cfr.* Velandía Canosa, Eduardo Andrés. “Jurisdicción constitucional y codificación procesal constitucional”. En Velandía Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho Procesal Constitucional. Codificación Procesal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 299-328.

No se trata de reducir la efectividad de la Constitución a un código, toda vez que ya se tiene una amplia reglamentación de las acciones constitucionales, sino de darle coherencia a una disciplina jurídica y por ende un método, con el fin de dotar con seguridad jurídica a la justicia constitucional colombiana. En efecto, el desarrollo legislativo del derecho procesal constitucional no se ha sistematizado en un solo cuerpo normativo, por el contrario, se evidencia una legislación dispersa, repetitiva, pero a la vez insuficiente y en algunos casos contradictoria, ya que su reglamentación se ha realizado acción por acción (proceso por proceso) en leyes o decretos aislados, lo cual ha generado falta de coherencia en la justicia constitucional y por ende inseguridad jurídica.

Por lo expuesto, el propósito de la presente investigación es demostrar la necesidad de la implementación de un código procesal constitucional desde la perspectiva constitucional, donde se regulen con precisión, claridad y coherencia las diferentes acciones, procesos, garantías o medios de control constitucionales, la jurisdicción que ha de tramitarlos y decir el derecho que es en cada caso y, como se accede a la jurisdicción constitucional, incluyendo su nivel o dimensión supranacional, así como la ejecución de sus sentencias.

El modelo integral de jurisdicción constitucional multinivel o multidimensional que se propone, es el más acertado para un Estado Constitucional y democrático de derecho, en el cual el derecho procesal constitucional, sea el verdadero medio o instrumento necesario para lograr una defensa eficaz de la Constitución convencionalizada y los derechos humanos, estableciendo los límites necesarios en el actuar del juez constitucional.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En el texto normativo de la Constitución no se encuentra ninguna norma que ordene la expedición de un código o estatuto procesal constitucional. Empero, el artículo cuarto de la Ley 270 de 1996 o “Estatutaria de la Administración de Justicia”, reformada por el artículo primero de la Ley 1285 de 2009, se encuentra un claro exhorto del legislador, actuado como constituyente, siguiendo el criterio del bloque del bloque de constitucionalidad *latto sensu*², al indicar lo siguiente:

2. *Cfr.* Caldera Infante, Jesús Enrique. “El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales”. En Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III, Volumen I, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012, pp. 250.

“**ARTICULO 4º.** Modificado por el art. 1, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. **Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales,** y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos” (resaltado fuera de texto).

De lo expuesto se concluye, que el Código Procesal Constitucional es una respuesta a la necesidad de unificar los procedimientos relacionados con la acción constitucional o de defensa de la Constitución. Esto explica, que no se trata de una necesidad, sino de cumplir con un mandato del legislador en su labor de constituyente (Bloque de Constitucionalidad *latu sensu*).

Igualmente, deberá tenerse presente, que un estatuto procesal constitucional debe contener la oralidad, al menos de manera dúctil, como se propondrá en la redacción del código.

3. TIPO DE LEY QUE HA DE ADOPTAR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

De conformidad con lo regulado en el numeral anterior, resulta imperativo cumplir con lo ordenado por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En este orden, deberá analizarse el tipo de acto legislativo que deberá acogerse en la redacción del código procesal constitucional en Colombia, descartando desde ya la posibilidad de la expedición del código a través de un decreto con fuerza de ley, por prohibirlo expresamente el inciso tercero del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución³, donde se establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, indicándose en el numeral segundo, que dicha función se le asigna para “expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”.

3. Numeral 10: “... Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

Teniendo claro que solo puede ser mediante ley, la manera de regular o de adoptar el Código Procesal Constitucional y dada la complejidad de esta materia, deben estudiarse los diferentes tipos de ley, ya que se tienen los siguientes: (i) Ley Marco; (ii) Ley Orgánica; (iii) Ley Estatutaria; y, (iv) Ley Ordinaria. Se procederá al análisis de cada una de ellas. Si una ley no corresponde a una de las primeras tres opciones, deberá concluirse que la ley es ordinaria.

Se consagró en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política las materias que se regularán mediante ley marco, de la siguiente manera:

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos

- a) Organizar el crédito público;
- b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
- c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
- d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
- e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;
- f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas”.

De lo expuesto puede concluirse que el código procesal constitucional no corresponde a una ley marco.

En el artículo 151 de la Constitución se indican las materias que han de reglamentarse mediante ley orgánica así:

“**ARTICULO 151.** El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación

y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara”.

Como se puede evidenciar, el código procesal constitucional no se puede expedir en Colombia acudiendo a este tipo de ley, por no ser la apropiada.

Por su parte, el artículo 152 establece que las siguientes materias deberán regularse mediante leyes estatutarias:

“**ARTICULO 152.** Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) (Literal adicionado por el artículo 4º del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente): La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.

De conformidad con el texto transcrito, resulta imperativo concluir que, en Colombia, un código procesal constitucional, se debe expedir a través de una ley estatutaria, toda vez que regulará los procedimientos sobre los derechos fundamentales y una de las jurisdicciones establecidas en la Constitución: la jurisdicción constitucional, que hace parte de la administración de justicia. Adicionalmente, debe considerarse, que al tratarse de una ley que regula el procedimiento para juzgar otras leyes (control de constitucionalidad), debe corresponder a una de las leyes que integra el bloque de constitucionalidad *latu sensu*. Finalmente, debe considerarse, que si algunos temas regulados en el código, pueden no corresponder a una ley estatutaria, acudiendo al principio de unidad de materia, sí deben contemplarse en el mismo cuerpo normativo.

Así las cosas, el código procesal constitucional en Colombia, tendría varias garantías: (i) solo puede expedirse mediante una ley, garantizando con ello el principio democrático,

de publicidad y el de deliberación; (ii) al ser ley estatutaria, tendrá un trámite especial y un control automático y previo de constitucionalidad por la Corte Constitucional; y, (iii) su reforma solo puede darse de la misma forma.

Dicho trámite especial, exige que la “aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura” y que tal trámite “comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto”.

4. INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES QUE ESTRUCTURAN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

4.1. Los procesos constitucionales

Como se indicó en la introducción, todo código procesal, en particular en procesal constitucional, debe regular tres instituciones fundamentales: (i) los procesos, acciones, garantías constitucionales o medios de control; (ii) la jurisdicción constitucional; y, (iii) el acceso a la jurisdicción constitucional.

En efecto, si no se tienen procesos constitucionales, no se tendría que hablar o analizar la expedición de un código procesal constitucional, por lo que precisaremos los tipos de procesos o garantías existentes.

No obstante, no debe olvidarse, que el objeto de la justicia constitucional y por ende el código, es la de garantizar o proteger: (i) la supremacía constitucional; y (ii) la eficacia de los derechos constitucionales (incluidos los humanos, debido a que la constitución hoy está convencionalizada). En este orden de ideas, este capítulo analizará, cuáles de los procesos indicados en la Constitución deben reglamentarse en el código, toda vez que, no toda acción de origen constitucional es acción del procesal constitucional.

4.1.1. Procesos constitucionales de naturaleza objetiva

Son todos aquellos que están encaminados a defender o garantizar la supremacía constitucional, también conocidos como procesal de control normativo de constitucionalidad, de control abstracto por los efectos *erga omnes* de las sentencias que los resuelven. Su objeto primordial es impedir que la Constitución se vulnerada o cambiada por normas infra constitucionales. Veamos cuales son:

4.1.1.1. Acción, Proceso o Medio de Control de inexequibilidad

Este medio de control tiene por objeto, regular la manera cómo ha de estudiarse cualquier demanda presentada por cualquier ciudadano, en la cual acusa al legislador de haber vulnerado la Constitución al Expedir la ley, regulado en al artículo 241 de la Constitución. Por vía de acción se tienen los siguiente:⁴

“**ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

En el código procesal constitucional, deberá indicarse el procedimiento necesario para cumplir con el mandato constitucional.

4.1.1.2. Acción, Proceso o Medio de Control de nulidad por inconstitucionalidad

Incluimos esta acción, porque debe ser una de las reguladas en el código procesal constitucional, a pesar de que ya la consagra el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA”, toda vez que su objeto en controlar la

4. En la actualidad se encuentra reglamentada por el Decreto 2067 de 1991 y en algunos apartes por el Reglamento Interno de la Corte Constitucional y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

constitucionalidad de los decretos cuya competencia no fue asignada a la Corte Constitucional. En efecto, debe considerarse que este medio de control es constitucional y no administrativo, por lo cual volveremos a analizarla, cuando se trate el tema de las reformas constitucionales necesarias para la implementación del código procesal constitucional.

“**ARTICULO 237.** Son atribuciones del Consejo de Estado:

(...)

1. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”

(...)”

En el código procesal constitucional, también deberá regularse este medio de control frente a las demandas que presenten los ciudadanos por inconstitucionalidad de normas de carácter general, impersonal y abstracto del orden departamental o municipal, en el orden central o descentralizado.

4.1.1.3. Control automático de constitucionalidad

Se trata de un medio de control, que no requiere demanda de parte ni declaración de oficiosidad por la Corte o juez competente. Se trata más del cumplimiento de un mandato del constituyente, cuya reglamentación también deberá incluirse en el Código Procesal Constitucional.

“**ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

(...)

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de

leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. (Numeral adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente): Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

(...)

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

4.1.2. Procesos, Acciones o Medios de Control de Naturaleza Subjetiva

Este tipo de medios de control no están interesados en el derecho (como los de naturaleza objetiva), sino en los derechos ya reconocidos en la Constitución, pero que en casos concretos se encuentran amenazados o vulnerados, los cuales también deben ser reglamentados por el código procesal constitucional. Ellos son:

4.1.2.1. Acción de Habeas Corpus

Este es uno de los medios de control más importantes, por lo que su reglamentación procesal debe corresponder al código procesal constitucional. Esta acción ya se encuentra reglamentada mediante ley estatutaria, lo que nos permite reafirmar nuestra teoría según la cual, este código se debe expedir a través de una ley estatutaria.

“**ARTICULO 30.** Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas”

Este medio de control tiene por objeto garantizar uno de los derechos fundamentales más importante: el de la libertad, regulado precisamente en el artículo 28 constitucional:

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Solamente queremos agregar, que la reglamentación del habeas corpus, debe contemplar la garantía de todos los casos donde se amenace la libertad y derechos conexos o afectados mientras se esté privado de la libertad. Será tarea del legislador, concretar esta posibilidad.

4.1.2.2. Acción de Tutela

Se trata de la acción o medio de control más importante de nuestro ordenamiento jurídico y por lo mismo no puede quedar aislada del estatuto procesal constitucional. Allí debe ajustarse a las necesidades de nuestros días, integrando a la legislación las sub reglas establecidas por la Corte Constitucional a través de la Jurisprudencia.

“**ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

4.1.2.3. Acción de Cumplimiento

Esta es otra de las acciones constitucionales más importantes, claro, si se tiene en cuenta que su objeto también puede ser obtener el cumplimiento de la Constitución, por lo que también analizaremos más adelante, la necesidad de reformar el artículo 87 de la Constitución, con el fin de que esta acción sea un verdadero medio de control constitucional.

“**ARTICULO 87.** Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

4.1.2.4. Acción Popular y de Grupo

El constituyente colombiano de 1991 decidió elevar a canon constitucional uno de los medios de control más importantes de nuestro tiempo: las acciones encaminadas a proteger los derechos colectivos y del medio ambiente. En efecto, se ha convertido esta acción en un instrumento trascendental, ya que de nada nos serviría la efectividad de los derechos fundamentales, sino tenemos planeta donde vivir, y es por ello que la doctrina ya habla del derecho fundamental al medio ambiente.

“**ARTICULO 88.** La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

4.1.2.5. Otras acciones constitucionales

Esta norma constitucional es de vital importancia para el legislador, ya que le permitirá crear otras acciones que se consideren indispensables para la defensa de la Constitución, entre las cuales se podría pensar en una acción abstracta de inconstitucionalidad por las omisiones absolutas del legislador, la acción por incumplimiento constitucional o la acción de *habeas data*, de *habeas norma*, la acción interpretativa, entre otras. En efecto, es la puerta que le permite al legislador regular la acción constitucional innominada.

“**ARTICULO 89.** Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

4.1.3. Control incidental de constitucionalidad

Este tipo de control surge en los procesos adelantados ante cualquier especialidad jurisdiccional (ordinaria, contencioso administrativa, especial, transicional o constitucional) o administrativa, cuando se presenta una duda de constitucionalidad sobre la norma que ha de aplicarse, lo cual implica realizar una confrontación entre la norma legal y la constitucionalidad, lo cual se denomina control difuso de convencionalidad. Si producto de dicha confrontación se evidencia una contradicción entre la Constitución y la ley, debe inaplicarse la ley y dar aplicación directa a la Constitución, lo cual se denomina excepción de inconstitucionalidad por darse aplicación al principio de supremacía constitucional, figura denominada en el derecho comparado, control difuso de constitucionalidad.

Sobre esta garantía no se cuenta con ningún tipo de reglamentación procesal, por lo que los jueces o funcionarios que la aplican, lo hace de cualquier manera o lo más grave, no realizan dicho control por el temor al prevaricato.

Tal vez se conoce que la excepción de inconstitucionalidad es una institución encaminada a inaplicar la ley inconstitucional o que es un instrumento argumentativo que le permite al operador demostrar porque no aplica una norma legal o reglamentaria que por regla general debe aplicar, debido a su presunción de constitucionalidad, pero no el camino o el procedimiento para aplicarla.

Por lo expuesto se considera, que esta garantía debe reglamentarse en el código procesal constitucional como un incidente de control de constitucionalidad por vía de excepción de

naturaleza difusa o que regule el procedimiento que permita decidir una petición de excepción de inconstitucionalidad, otorgando competencia a cualquier juez para resolver las dudas sobre la constitucionalidad de la norma a aplicar en el caso concreto o la protección de los derechos humanos, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional especializada en el nivel correspondiente. Los funcionarios administrativos, legislativos o extra-poder, podrán solicitar ante la jurisdicción constitucional especializada que se resuelva la duda constitucional.

La norma constitucional que fundamenta la regulación de esta institución en el código procesal constitucional es la siguiente:

“ARTICULO 40. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. ...”.

4.1.4. Definición de los conflictos de competencia que se susciten entre las distintas jurisdicciones

El artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015, asignó una nueva competencia a la Corte Constitucional, la de resolver los conflictos de competencia que se presenten o susciten entre las distintas jurisdicciones, competencia que antes se había asignado al Consejo Superior de la Judicatura. Por lo expuesto, deberá reglamentarse en el código procesal constitucional esta nueva competencia. La norma pertinente dice:

“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”

(...).

4.1.5. Eventual revisión de las acciones de tutela

De conformidad con lo establecido por el inciso segundo del artículo 86 de la Constitución, los jueces de instancia (cuando no hay impugnación del fallo) deberán remitir el expediente contentivo de las actuaciones procesales a la Corte Constitucional y ella decidirá cuáles revisará, disposición que se integra con el numeral 9º del artículo 241 también de la Constitución, al disponer que también es función o competencia de la referida Corte “revisar,

en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.

De las disposiciones indicadas, las cuales constituyen una sola norma, se debe concluir que por mandato constitucional todos los expedientes de las acciones de tutela deben enviarse a la Corte Constitucional, pero la ley regulará lo concerniente a dicho procedimiento, lo cual sin lugar a duda es una de las misiones del código procesal constitucional.

Ahora, en este código se debe establecer las causales por las cuales se debe revisar una acción de tutela (en general todos los medios constitucionales de control de la constitucionalidad abstracta y concreta): (i) cuando no se tenga precedente constitucional vinculante o deba ampliarse; (ii) cuando existiendo precedente el juez de instancia lo desconoce; y, (iii) cuando existe precedente, el mismo se cumple por el juez de instancia, pero tal precedente es inconstitucional y por lo mismo se debe cambiar (*overruling*⁵). Más allá de estas hipótesis, consideramos que la Corte no deberá conocer de ninguna acción, en la que actúa como tribunal de cierre; cuando actúa como juez de instancia la regla es diferente.

Ahora, es claro que todos los expedientes deben llegar a la Corte. Ahora, lo que si puede la ley es implementar alternativa como las siguientes: (i) la primera es la conocida como el *certiorari*, según la cual la propia Corte decide cuales de estos asuntos conocerá, pero siempre atendiendo a las referidas causales⁶; (ii) una vez llegue el expediente a la Corte, se debe establecer un término que coincida con la fijación de un aviso judicial, dentro del cual cualquiera de las partes podrá exponerle a la Corte las razones por la que se debe revisar

5. Esta institución se ha consagrado en el artículo VII del Código Procesal Constitucional de Perú al decir “Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. Cfr. Quiroga León, Aníbal. “El derecho procesal constitucional y su actual codificación”. En Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coordinador). *Tendencias Contemporáneas del Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2017, p. 85.

6. Es un instrumento procesal que le permite a una Corte de cierre o juez superior, revisar jurisdiccionalmente una sentencia, decisión o fallo de un tribunal o juez de categoría inferior. Figura aplicable en Inglaterra, los Estados Unidos de Norte América, Puerto Rico y Argentina, entre otros. Cfr. Oteiza, Eduardo. *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso*. Consultado el 15 de julio de 2019 en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf. **Writ of certiorari**: “Lo que en el derecho inglés y de los Estados Unidos se llama “certiorari”, consiste en un procedimiento de revisión de acotaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores, comparable a lo que entre nosotros se llama “avocación”. En Inglaterra, el tribunal llamado queen’s bench división ejerce control sobre los jueces inferiores, y si alguno de éstos excede sus facultades, puede solicitarse al tribunal superior nombrado que mediante una orden for certiorari examine no solamente la jurisdicción del inferior, sino también las razones que tuvo para su decisión; asimismo combinada con un writ o mandamus puede obligar al tribunal inferior a resolver nuevamente el caso conforme a derecho”. En Enciclopedia jurídica. Consultado el 15 de julio de 2019. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/writ-of-certiorari/writ-of-certiorari.htm>.

dicho fallo, siempre atendiendo a las citadas causales. La referida tarea deberá desarrollarse o reglamentarse en el código procesal constitucional.

4.1.6. Decisión sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución

Se trata de una actuación no jurisdiccional, pero sin duda, también deberá incluirse en el código procesal constitucional, toda vez que asignó expresamente su competencia a la Corte Constitucional, en el numeral 6° del artículo 137 de la Constitución⁷. Por su parte el artículo 137 expresa:

“**ARTICULO 137.** Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante.

Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, despues de oirlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva.

La renuencia de los citados a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, será sancionada por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades.

Si en el desarrollo de la investigación se requiere, para su perfeccionamiento, o para la persecución de posibles infractores penales, la intervención de otras autoridades, se las exhortará para lo pertinente”.

En nuestro concepto, este trámite no debe ser una competencia de la Corte Constitucional, ni de un código procesal constitucional. Sin embargo, mientras no se reforme la Constitución en este sentido, deberá reglamentarse en dicho código.

4.1.7. Acciones de origen constitucional que no deben regularse en el Código Procesal Constitucional

Esta precisión es muy importante, porque el código procesal constitucional debe tener un objeto preciso, que como ya se indicó corresponde a (i) la defensa de la supremacía constitucional; y, (ii) la defensa de los derechos constitucionales⁸.

7. Art. 241 de la Constitución, numeral 6. “Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución”.

8. El Código Procesal Constitucional de Perú precisa: “Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

Debido a lo expuesto, deberá precisar que las siguientes acciones a pesar de ser de origen constitucional, no defienden la supremacía constitucional ni los derechos constitucionales. Ellas son:

- (i) **Acción de reparación directa y acción de repetición.** El origen de estas acciones se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y tienen por objeto, la primera, reparar integralmente a los ciudadanos que hayan sufrido un daño antijurídico y la segunda, poder repetir contra el agente del Estado que causó el daño con dolo o culpa grave⁹. Por lo expuesto, se puede evidenciar, estas acciones no están encaminadas a defender la supremacía constitucional, ni la eficacia de los derechos constitucionales, razón por la cual no debe reglamentarse en el Código Procesal Constitucional.
- (ii) **Acción de Pérdida de investidura.** Afirma la doctrina que “la pérdida de investidura es el procedimiento mediante el cual el Consejo de Estado tiene como consecuencia negativa la de terminar el mandato (no simplemente el de separar del cargo, que es propio de trabajadores oficiales o empleados públicos) a aquellas personas que están en determinadas situaciones o han realizado determinadas conductas que según la Constitución o la ley no merecen ejercer las funciones de representante del pueblo, por no existir elementos que garanticen que van a actuar para lograr el beneficio general, de manera independiente”¹⁰. Como se puede observar, se trata de una acción de carácter sancionatorio que se consagró directamente en la Constitución con el fin de evitar posibles reformas legales, pero no es una acción en defensa de la Constitución, ni de protección de los derechos constitucionales violados o amenazados¹¹.

9. **ARTICULO 90.** “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

10. Bernal Gómez, Daniel Rigoberto. “La pérdida de investidura. Ensayo de legislación comparada entre Colombia y Francia”. En Revista *Derecho y Realidad*. Núm. 22, II semestre de 2013, Tunja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, p. 35.

11. **ARTICULO 183.** Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Por las razones expuestas, esta acción no debe incluirse en el código procesal constitucional.

- (ii) Acción penal contra aforados. Esta acción es penal, a pesar de haberse consagrado directamente en la Constitución. Debe tenerse presente, que este tipo de acciones se elevan a rango constitucional con el único propósito de garantizarle a la sociedad que los jueces que fallarán estas causas tienen los conocimientos y experiencia necesaria para evitar fraudes al sistema, pero además para garantizarle al investigado, que el juez competente detenta las más altas calidades¹².

ARTICULO 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

12. **ARTICULO 186** (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2018). “De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso por los delitos cometidos.

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada”.

ARTICULO 234 (modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2018). “La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas y Salas Especiales, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

En el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena.

La Sala Especial de Instrucción estará integrada por seis (6) Magistrados y la Sala Especial de Primera Instancia por tres (3) Magistrados.

Los miembros de estas Salas Especiales deberán cumplir los requisitos para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Se les aplicará el mismo régimen para su elección y periodo.

Los Magistrados de las Salas Especiales solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley.

El reglamento de la Corte Suprema de Justicia no podrá asignar a las Salas Especiales el conocimiento y la decisión de los asuntos que correspondan a la Sala de Casación Penal.

Los Magistrados de las Salas Especiales no podrán conocer de asuntos administrativos, ni electorales de la Corte Suprema de Justicia ni harán parte de la Sala Plena.

PARÁGRAFO. Los aforados constitucionales del artículo 174 de la Constitución Política tienen derecho de impugnación y doble instancia conforme lo señale la ley.

ARTICULO 235 (modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018). Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. Actuar como tribunal de casación.
2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.

4.2. La Jurisdicción Constitucional

Cuándo se habla de jurisdicción, se habla del poder de decisión, esta es, del poder que tienen los jueces de decir el derecho que es en un caso concreto. Lo anterior significa, que en materia constitucional el poder de decisión lo tiene la Corte Constitucional y los jueces con competencias constitucionales, sin importar el modelo jurisdiccional que se establezca. En efecto, la Constitución Política prescribe en el artículo 241 que “*a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo*”, por lo que deberá el código procesal constitucional reglamentar el modelo jurisdiccional a implementar.

Teniendo en cuenta que la jurisdicción constitucional se instituye para garantizar (la supremacía constitucional; (ii) los derechos constitucionales (fundamentales, DESC, colectivos o de la solidaridad, convencionales); y, (iii) de definición de conflictos de competencia entre las distintas autoridades que cumplen funciones jurisdiccionales. Por lo expuesto, el código procesal constitucional debe regular lo relacionado con la jurisdicción constitucional, a partir de un modelo dual y paralelo.

3. Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los [numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia.

4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen”.

6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.

8. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional.

9. Darse su propio reglamento.

10. Las demás atribuciones que señale la ley.

PARÁGRAFO. Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Un sistema que se estructure a partir del modelo *dual y paralelo*, debe contemplar: (i) un control incidental de constitucionalidad por vía de excepción de naturaleza difusa o que regule el procedimiento que permita decidir una petición de excepción de inconstitucionalidad, otorgando competencia a cualquier juez y/o cualquier funcionario administrativo, legislativo o extra-poder, para resolver las dudas sobre la constitucionalidad de la norma a aplicar en el caso concreto o la protección de los derechos humanos, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional especializada en el nivel correspondiente, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 4º de la Constitución; (ii) la implementación de una jurisdicción constitucional especializada multinivel, ante la cual se tramiten los procesos o acciones constitucionales.

Este código no altera el control supranacional de la justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, más allá de reglamentar una vía que evidencie el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna (incidente de control de convencionalidad) y la posterior ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin alterar el modelo dual interno, cuyo trámite culminaría en la jurisdicción constitucional.

Ahora, si el anterior planteamiento no se acoge, se estaría dando origen al nacimiento de un nuevo modelo de justicia constitucional al cual podríamos denominar **trial**. En efecto, al poderse ejercer el control de constitucionalidad por cualquier juez, y al mismo tiempo poderse demandar una norma ante la Corte Constitucional, pero al mismo tiempo darse la posibilidad de acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por permitirse el agotamiento de recursos de jurisdicción interna por cualquier vía, estaríamos patentizando un modelo de justicia constitucional **trial**: (i) difuso), (ii) concentrado y (iii) supranacional; también regulado en el código.

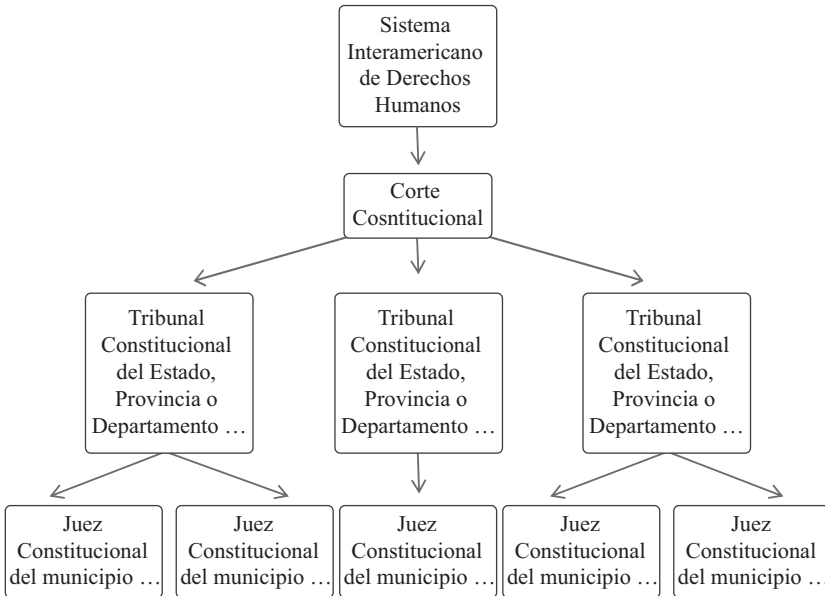
Así, a nivel municipal podrá controlarse por un juez constitucional: (i) que ninguna norma municipal pueda alterar el ordenamiento constitucional (general, abstracta e impersonal); (ii) proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados por autoridades municipales o por particulares; o, (iii) reparar integralmente los derechos humanos vulnerados de manera irreversible por autoridades municipales o particulares a grupos potencialmente superiores a veinte personas (siguiendo los lineamientos del artículo 88 de la Constitución); y, (iv) ser la segunda instancia en los incidentes de control de constitucionalidad por vía de excepción, proferidos por jueces o autoridades administrativas del orden municipal.

La misma regla se aplicará a nivel departamental, es decir, podrá controlarse por un tribunal constitucional: (i) que ninguna norma departamental (general, impersonal y abstracta)

pueda alterar el ordenamiento constitucional; (ii) proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados por autoridades departamentales; o, (iii) reparar integralmente los derechos humanos vulnerados de manera irreversible por autoridades departamentales a grupos potencialmente superiores a veinte personas (siguiendo los lineamientos del artículo 88 de la Constitución); (iv) ser la segunda instancia en los incidentes de control de constitucionalidad por vía de excepción, proferidos por tribunales del mismo distrito judicial o autoridades administrativas del orden departamental; y, (v) Ser la segunda instancia de las decisiones de los jueces constitucionales.

Esta regla deberá mantenerse a nivel nacional. En efecto, la Corte Constitucional, a través de sus salas, deberá: (i) controlar que ninguna norma del orden nacional (general, impersonal y abstracta) pueda alterar el ordenamiento constitucional; (ii) proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados por autoridades nacionales; o, (iii) reparar integralmente los derechos humanos vulnerados de manera irreversible por autoridades nacionales a grupos potencialmente superiores a veinte personas (siguiendo los lineamientos del artículo 88 de la Constitución); (iv) ser la segunda instancia en los incidentes de control de constitucionalidad por vía de excepción, proferidos por las altas cortes o por autoridades legislativas o administrativas del orden departamental; (v) Ser la segunda instancia de las decisiones de los tribunales constitucionales; (vi) efectuar la eventual revisión en los procesos que versen sobre protección o reparación de los derechos humanos; (v) tramitar los recursos extraordinarios constitucionales; y, (vi) fijar en su sala plena el precedente constitucional vinculante y controlar su cumplimiento.

Ahora, por qué incluir en este sistema el control de convencionalidad y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: (i) porque a partir del concepto bloque de constitucionalidad, la Convención Americana de Derechos Humanos, hoy hace parte de la Constitución, lo que significa, que, desde el constitucionalismo, tal sistema es creado por la Constitución (la parte convencional); y, (ii) porque el control de convencionalidad, cada vez se parece más al clásico control de constitucionalidad. Empero, lo que debe quedar claro, es que este sistema adquiere competencia, cuando se han agotado los recursos ante las otras jurisdicciones, por lo que creemos pertinente, crear el instrumento que permita identificar tal agotamiento de recursos de jurisdicción interna, lo cual permitirá tener claridad al respecto, pero, además, permitir al Estado reparar y evitar la jurisdicción supranacional. Al analizar los casos ante el Sistema, se evidencia que muchos casos donde se agotó el recurso interno, el Estado ni siquiera estaba enterado de tal hecho jurídico. No se trata de una instancia superior a la Corte Constitucional, lo que puede ser tener la última palabra. Veamos la estructura expuesta:



4.3. El acceso a la jurisdicción constitucional

Otro de los elementos estructurales de una verdadera justicia constitucional es el derecho de acceso a la citada jurisdicción, comúnmente denominado acceso a la justicia.

En cuanto al acceso a la jurisdicción constitucional (derecho de acción), debe mantenerse la legitimación popular, en virtud de la cual, cualquier ciudadano puede presentar demandas de inconstitucionalidad contra normas de carácter general, impersonal y abstracto, ya que, si el pueblo puede crear la Constitución, también debe poder plantear la fiscalización de su cumplimiento o, dicho de otra manera, debe tener el poder de abrir la puerta de la jurisdicción constitucional; y, frente a la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales, se debe poder actuar sin la necesidad de ser abogado o dar poder a un profesional del derecho, ahora, si el accionante lo desea, tampoco será prohibido.

Este derecho se garantiza por el artículo 229 de la Constitución Política, en el cual “*se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado*”, parte final que remite su reglamentación al código procesal constitucional. Adicionalmente, este derecho está especialmente garantizando para el derecho procesal constitucional en el numeral 6° del artículo 40 de la siguiente manera:

“**ARTICULO 40.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (...).”

Sin embargo, si es preciso determinar que el ejercicio de este derecho tiene unos presupuestos, lo que lo convierte en derecho autónomo e independiente y por lo mismo separa al derecho procesal constitucional del derecho constitucional.

Reformas o adecuaciones constitucionales necesarias para poder crear un verdadero sistema de justicia constitucional en Colombia

La expedición de un código procesal constitucional debe ser parte integral de una política de mejoramiento a la administración de justicia, razón por la que en la reforma constitucional a la justicia que se propone, deberán integrarse las siguientes reformas:

Lo primero que deberá adecuarse es el artículo 241 de la Constitución Política, definiéndose que la Corte Constitucional como cabeza de la jurisdicción constitucional, será competente para conocer de las acciones constitucionales reguladas en el código procesal constitucional. Así las cosas, la Corte Constitucional podrá perfeccionar o concretar el derecho constitucional, creando precedentes en todas las acciones constitucionales. La norma que se propone sería la siguiente:

ARTICULO 241. “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones”:

Numeral adicional que se propone: Fungir como tribunal supremo de la jurisdicción constitucional, por lo que podrá conocer de las acciones o garantías constitucionales encaminadas a defender la supremacía constitucional y lograr la eficacia de los derechos constitucionales. Para tal efecto, la Corte podrá dividirse en Salas y Secciones. La ley reglamentará el procedimiento.

Uno de los grandes vacíos que tiene el sistema constitucional colombiano, es que, teniendo Corte Constitucional y acciones constitucionales, aquella solo pueda tener el conocimiento de dos de ellas (acción de inexequibilidad y acción de tutela), perdiéndose la posibilidad de fijar precedentes necesarios sobre las demás acciones constitucionales.

Puede pensarse que la Corte Constitucional se congestionará, pero el código procesal constitucional deberá, como lo dijimos antes, establecer, que la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, solo será competente en los siguientes casos: (i) cuando no se tenga precedente constitucional vinculante; (ii) cuando teniéndose precedente, el mismo no se cumple por el tribunal constitucional o juez constitucional, sino se impugnó el fallo de primera instancia; y (iii) cuando se juzgue que el precedente aplicable debe cambiarse o ampliarse por ser inconstitucional. Así las cosas, el conocimiento de las tutelas se debe reducir, dando la posibilidad de conocer por los mismos motivos, las demás acciones constitucionales.

Ahora, la posibilidad de tener Tribunales Constitucionales, que en principio pueden ser regionales (o acudiéndose al mapa judicial), la Corte Constitucional tendrá un buen aliado que con el tiempo logrará el cumplimiento a cabalidad de la normativa constitucional concretada en la ley o en los precedentes constitucionales vinculantes y a la vez evitará que la Corte Constitucional se congestione, lo cual a su vez será seguido por los jueces constitucionales que se ubicarán en las cabeceras de los circuitos judiciales pertenecientes a cada una de las regiones y los jueces promiscuos municipales, quienes serán competentes en su municipio en el conocimiento de las acciones de tutela y de habeas corpus.

Atendiendo a las regiones definidas en Colombia, podría pensarse en los siguientes Tribunales Constitucionales Regionales¹³: 1. Tribunal Constitucional Andino¹⁴; 2. Tribunal Constitucional del Caribe (incluye la Región Insular del Caribe)¹⁵; 3. Tribunal Constitucional

13. Hernández, Vanessa. *Las 6 Regiones Naturales de Colombia y sus Características*: “Las regiones naturales de Colombia son divisiones territoriales que dividen al país en seis grandes áreas geográficas: Pacífica, Orinoquía, Insular, Caribe, Andina y Amazonia. Estas seis regiones se distribuyen a lo largo de los más de un millón de kilómetros cuadrados que tiene Colombia, y transcurren a través de los 32 departamentos del país, muchos de ellos localizados entre más de una región natural”. Liferder.com. Descargado el 16 de agosto de 2019: <https://www.liferder.com/regiones-naturales-colombia/>.

14. Hernández, Vanessa. *Las 6 Regiones Naturales de Colombia y sus Características*, op. cit. “La región Andina está formada por las tres cordilleras de los Andes: la Cordillera Occidental, la Oriental y la Central. Con sus 305.000 kilómetros cuadrados de extensión, abarca tanto las montañas, como los valles que separan los tres sistemas montañosos, ocupando, así, toda la parte central del país”. “La región Andina está formada por las tres cordilleras de los Andes: la Cordillera Occidental, la Oriental y la Central. Con sus 305.000 kilómetros cuadrados de extensión, abarca tanto las montañas, como los valles que separan los tres sistemas montañosos, ocupando, así, toda la parte central del país”. “Esta región está compuesta por 17 departamentos: Putumayo, Valle del Cauca, Santander, Risaralda, Quindío, Nariño, Huila, Chocó, Cundinamarca, César, Caquetá, Cauca, Casanare, Caldas, Boyacá, Arauca y Antioquía”.

15. Hernández, Vanessa. *Ibidem*. “La región natural del Caribe tiene una extensión de 132.218 kilómetros cuadrados. Abarca desde el Golfo de Urabá, frontera con Panamá, hasta la península de la Guajira. En el sur, limita con las cordilleras Occidental y Central; y en el norte, con el mar Caribe”. Comprende parte del departamento del Chocó, Antioquia, César, Sucre, Magdalena, La Guajira, Córdoba y Atlántico Bolívar. La parte insular del Caribe comprende las siguientes islas: Santa Catalina, Providencia y San Andrés, Tortuguilla, Fuerte, San Bernardo, Barú, isla del Rosario, las islas Tierra Bomba y Santa Marta.

del Pacífico (incluye la Región Insular del Pacífico)¹⁶; y 4. Tribunal Constitucional de la Orinoquía y de la Amazonía¹⁷.



Ahora, si realmente se pretende tener una jurisdicción constitucional especializada, esta debe ser competente para conocer de todas las acciones constitucionales, incluyéndose la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra todos los decretos y demás actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto que se acusen o demanden como inconstitucionales. Esto permitirá concretar el principio de unidad de materia. Por lo expuesto y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional y en general la jurisdicción

16. Hernández, Vanessa. *Ibidem*. “La región natural del Pacífico se localiza en la zona occidente de Colombia y cuenta con 83.170 kilómetros cuadrados. Esta región se extiende desde el Golfo de Urabá, en la frontera con Panamá, hasta la frontera con Ecuador. Recorre así toda la parte del país bañada por el océano Pacífico. En el lado oriente, la región del Pacífico limita con la Cordillera Occidental, área natural que comprende los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Chocó”. La parte insular del pacífico comprende: Malpelo, las tres islas de Tumaco, El Gallo, Gorgonilla, Gorgona y las islas Cascajal.

17. Hernández, Vanessa. *Ibidem*. “La región de Orinoquía, localizada en el oriente de Colombia, es también llamada los Llanos Orientales. Cuenta con una extensión de 310.000 kilómetros cuadrados. Esta región natural abarca desde la Cordillera Oriental hasta la frontera con Venezuela. En el norte, queda delimitada por el río Arauca; y en el sur, por el río Guaviare. Los departamentos de Vichada, Vaupés, Guaviare, Meta, Guainía, Casanare y Arauca están ubicados en esta región”. “La región natural de Amazonia se ubica al sur del país. Su extensión es de 403.348 kilómetros cuadrados y es, por tanto, la región más grande. Los departamentos de Vichada, Vaupés, Putumayo, Guaviare, Guainía, Caquetá y Amazonas se ubican en esta región”.

18. Imagen descargada el 16 de julio: <https://geocolombia9b.files.wordpress.com/2011/08/regiones-colombia1.jpg>.

constitucional, pueden conocer de todas las acciones constitucionales, simplemente basta la derogación del numeral 2º del artículo 237 de la Constitución que prevé lo siguiente: “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” y el legislador, a través del código procesal constitucional reglamentará su competencia y procedimiento.

Debe volverse a pensar en la acción de cumplimiento, toda vez que la norma que se ha consagrado en el artículo 87 de la Constitución no responde a la naturaleza jurídica de una acción constitucional, lo cual no resulta coherente en un sistema de justicia constitucional. En efecto, dicha norma prevé: “*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido*”.

Y no es coherente, porque la Corte Constitucional determinó que esta acción está limitada a la ley en sentido formal y por supuesto al acto administrativo. Como se ha expuesto, una acción constitucional debe tener por objeto defender la Constitución, en este caso, cuando se vulnera por omisión, por lo que podría pensarse en las siguientes opciones:

- (i) Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento del ordenamiento jurídico. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido (se cambia una ley o un acto administrativo, por ordenamiento jurídico).
- (ii) Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción para garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer expresa, clara y exigible. Cuando se pretenda el cumplimiento de la Constitución, la acción se interpondrá ante la Jurisdicción Constitucional, si se pretende el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, la competencia corresponderá a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁹.

19. Se toma como ejemplo el artículo 93 de la Constitución ecuatoriana de 2008: “La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

Consideramos que debe repensarse lo relacionado con la eventual revisión de las acciones de tutela, toda vez que no se justifica que todas se envíen a la Corte Constitucional. Creemos que aquellas donde hay daño consumado o hecho superado, ya que no tiene objeto una eventual revisión, sin descartar que se pueda recurrir extraordinariamente por una posible violación del ordenamiento jurídico. Igualmente, no deben enviarse a la Corte Constitucional en eventual revisión, aquellas acciones donde se tutelan los derechos, toda vez que esta garantía se ha creado con el fin de favorecer o prever la posible vulneración de un derecho fundamental a los ciudadanos que acuden sin la asistencia de un abogado.

En efecto, si se ha tutelado el derecho, el ciudadano ya no requiere de esta garantía y la parte accionada por ser la que ejerce superioridad sobre el accionante tutelado, debe tener la posibilidad de recurrir extraordinariamente a la Corte Constitucional para que se revoque la decisión. Así las cosas, los únicos expedientes de tutela que se deben enviar a la Corte Constitucional, son aquellos donde no se haya tutelado derecho fundamental alguno y que el ciudadano no esté asistido por un abogado, ya que, de lo contrario, la llegada del expediente a la Corte, será a petición de parte y cumpliendo los presupuestos que establecerá el código procesal constitucional. Por lo expuesto, proponemos que se reforme el inciso segundo del artículo 86 de la Constitución y así darle concordancia con numeral 9º del artículo 241 también de la Constitución, al disponer que es función o competencia de la Corte “revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, su eventual revisión se reglamentará en el Código Procesal Constitucional.

CAPÍTULO VIII

LA CONSTITUCIONALIZACION E INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

*Patricio MARANIELLO**

1. INTRODUCCIÓN

En Argentina, luego de largos años de debate y de innumerables presentaciones de proyectos, el 7 de octubre de 2014 se promulgó la Ley 26.994 también conocida como “Código Civil y Comercial de la Nación”.

Los juristas encargados de la redacción del código unificado introdujeron la idea de la “*constitucionalización del derecho privado*”, la que quedó plasmada en el art. 1 del citado cuerpo normativo. Sin embargo, ese concepto no fue una mera enunciación y reavivó el enfrentamiento entre el derecho público y el derecho privado, cuestionando si, en realidad, se pretende constitucionalizar el derecho privado o privatizar el derecho constitucional.

El presente trabajo propone investigar las repercusiones y la problemática que introdujo el surgimiento de ese concepto y tratar de corroborar que no hizo más que ratificar que la Constitución Nacional es la ley suprema de nuestro país y que todo el ordenamiento legal se tiene que adecuar a ella, exista o no una norma expresa que así lo disponga.

2. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

La iniciativa de reforma del Código Civil y Comercial cuenta con años de intentos fallidos. Entre esos intentos, el Proyecto de Unificación de 1987 fue sancionado por el Congreso, pero vetado por el Poder Ejecutivo. Luego, con la misma finalidad, en 1992 se designaron dos

* Juez Federal Civil y Comercial de la Capital Federal, Argentina. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. pmaraniello@gmail.com

comisiones, una por el Poder Ejecutivo y otra por el Congreso, sin que llegaran a ser tratados legislativamente; igual suerte corrió el proyecto de 1998.

Finalmente, el Proyecto del 2012 -cuya comisión redactora fue creada por el decreto 191/11 del PEN e integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci- fue sancionado por el Senado con algunas modificaciones, luego por Diputados, aunque sin mayores debates, más las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, dando nacimiento al nuevo Código Civil y Comercial sancionado bajo la Ley 26.994.¹

3. CAMBIO DE PARADIGMA

Un cambio de paradigma implica un trastocamiento en los supuestos básicos de una ciencia en la cual, sin mucho análisis, ciertas prácticas o teorías se aceptan como verdaderas. En general, se trata de principios universalmente reconocidos sobre los que hay consensos sin mayor investigación.

Elena Highton de Nolasco² explica que, el Código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo³ caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes, y que lo importante es que el Código defina los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento.

Expone que estamos ante un cambio de paradigma porque el modelo que tuvo en cuenta Vélez en el siglo XIX era el del hombre adulto, sano, educado y de clase media alta. Si bien era una idea absolutamente oligárquica, era el modelo de la época. En ese lineamiento Sarmiento afirmaba que una Constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres, que para las masas populares están las leyes ordinarias y que son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades de acción y de pensamiento, la prensa, la propiedad, etc. porque pueden comprender las instituciones que adoptan.

La jueza de la Corte Suprema manifiesta que esa no es la idea del actual Código e introduce la noción de “constitucionalización del derecho privado”. Afirma que la mayoría de los códigos existentes poseen una división tajante entre el Derecho Público y el Derecho

1. AVALOS, María Gabriela. Ob. Cit.

2. HIGHTON DE NOLASCO, Elena “Título Preliminar del Código Civil y Comercial- Principios Generales del Derecho Argentino”, p.20-21, Revista de Derecho Privado y Comunitario- Claves del Código Civil y Comercial, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2015-Número Extraordinario

3. ROSATTI, Horacio define al sistema como la interacción de un conjunto de elementos o componentes heterogéneos que permite dar funcionamiento -o explicar- la complejidad de un determinado fenómeno.

Privado. El Código argentino en cambio, toma muy en cuenta los Tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Detalla que innova al receptar la constitucionalización del Derecho Privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, y que esta decisión se ve en casi todos los campos: la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales, de las comunidades originarias y otros tantos aspectos.

Finalmente afirma que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de Derechos Humanos con el Derecho Privado.

Sin dejar de lado el notable esfuerzo realizado por la comisión redactora de vincular la normativa del código con la ley fundamental de nuestro país, me pregunto si este vínculo era una opción, si el derecho privado podía ser inconstitucional o podía elegir no vincularse a la Constitución.

Teniendo en cuenta el principio de supremacía constitucional, sin dudas, esto no era una opción.

4. UBICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

La clasificación jerárquica del sistema jurídico argentino surge nada más ni nada menos que de nuestra Constitución Nacional.

Así tenemos lo que denominamos “bloque de constitucionalidad” que podemos dividirlo en:

1. Rígido: que es aquello que sólo es modificable por el poder constituyente, como es el caso de la Constitución Nacional y;
2. Semi-rígido: que es lo que es modificable por el poder constituido, como son los documentos internacionales con jerarquía constitucional.

En segundo lugar, tenemos lo que se llama el “bloque infraconstitucional” que se compone por:

1. Los Tratados internacionales que poseen jerarquía supra legal pero infra constitucional.
2. La jerarquía legal.
3. La jerarquía infra legal.

Instalados en el bloque infraconstitucional con jerarquía de ley y atendiendo su ámbito de vigencia territorial, las leyes que dicta el Congreso de la Nación suelen clasificarse en leyes nacionales y leyes locales. Las primeras tienen vigencia en todo el territorio de la Nación, en cambio, las segundas sólo en lugares específicos.

En función de su especificidad material y con incidencia directa en la determinación de las autoridades administrativa y judicial de aplicación -federal o provincial- las “leyes nacionales” que sanciona el Congreso suelen clasificarse en leyes federales o especiales y leyes comunes u ordinarias. Las primeras, destacadas en el segundo párrafo del art. 75 inc. 12 y en el 126 de la Constitución Nacional son aplicadas por las autoridades federales -independientemente del lugar en donde ocurran los hechos-; las segundas, referidas en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, son aplicadas por las autoridades locales si las cosas o personas caen bajo esa jurisdicción.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha sido aprobado por la Ley 26.994 -publicado en el B.O. N° 32.985 del 8.10.14- por lo que se puede establecer que integra el bloque infraconstitucional con jerarquía de ley común (art. 75 inc. 12 CN)⁴.

Una vez que determinamos su ubicación, surge en forma evidente que su cuerpo normativo no debe contradecir a la Constitución Nacional ni a los Tratados internacionales, sin importar si son de Derechos Humanos con jerarquía constitucional o no, ya que como se advierte, todo Tratado se encuentra por sobre la ley. Por ello, resulta ser totalmente innecesario que un artículo del código imponga la obligatoriedad de no contradecirlo cuando es la propia Constitución la que lo establece.

5. LAS FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Bajo el título “Fuentes y aplicación”, el art. 1 del Código Civil y Comercial establece que *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”*

La cuestión de las fuentes del derecho es compleja y a partir de la reforma constitucional de 1994 ha sufrido grandes transformaciones.

4. ROSATTI, Horacio “El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional” p. 40-41, 1era. Edición- Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016

La perspectiva clásica del derecho privado, entiende por fuentes del derecho al conjunto de preceptos obligatorios de los cuales habrán de surgir derechos y obligaciones para las personas. En este marco, es también habitual la distinción entre fuentes formales y materiales, siendo las primeras las que tienen carácter vinculante y las segundas las que carecen de obligatoriedad pero que tienen valor por la fuerza de persuasión que encierran⁵.

Con relación a este tema, una de las ideas que emergen del Proyecto es la de “pluralidad de fuentes”- En efecto, se señala que *“en un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta, establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (art. 1,2,3)”*. La idea que se introduce al hablar de pluralidad de fuentes remite a que existen directivas para que el juez arribe a la decisión final, se debe empezar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento y dar explicaciones suficientemente justificadas.

El artículo destaca como primera fuente a la “ley”, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley correspondiente o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad. Para los juristas encargados del proyecto del código la aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma.

Horacio Rosatti⁶ expone que resulta un tanto confusa la expresión del código cuando afirma que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables”, pues siendo el Código la ley que resulta aplicable a los casos que rige pareciera caerse en una especie de tautología. Distinto sería si el Código tuviera una entidad superior a la ley, en cuyo caso, la expresión cuestionada operaría como una deferencia o habilitación, pero en tanto el Código no tiene una jerarquía superior a otras leyes ordinarias del Congreso, la expresión sólo tendría sentido si dijera “los casos en que este Código rige deben ser resueltos conforme a sus disposiciones y a las de las leyes complementarias que resulten aplicables”.

Se incorpora a la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en que la República es parte, que serán tratados en los próximos apartados, y finalmente, los usos, las prácticas y la costumbre.

5. LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás “En torno a las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil y Comercial”, La Ley Online, 17 de agosto de 2016, AR/DOC/2364/2016.

6. ROSATTI, Horacio, ob. Cit. P. 56

6. LA LLAMADA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO -LA INTERPRETACIÓN CONFORME

Según surge del ya citado art. 1 del Código Civil y Comercial, los “casos” que rige ese cuerpo normativo tienen que ser resueltos “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en que la Nación sea parte...”. Una primera aproximación a esta disposición genérica nos remite directamente a los art. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En ellos, sin duda alguna se establece el orden de la prelación normativa y se excluyen aquellas normas que vayan en su contra, por lo que, a primera vista, el art. 1 no parece suficiente para justificar esta idea de “constitucionalización”.

Resulta importante destacar de este artículo la utilización de la palabra “conforme” que, según los fundamentos, apunta a imponer “la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla”.

En este mismo sentido se expresa la Dra. Highton de Nolasco⁷ cuando dice que “*si la ley es susceptible de dos interpretaciones, siendo que según una de ellas la ley sería considerada inconstitucional y según la otra válida, es deber del tribunal adoptar la construcción que salve la ley de la inconstitucionalidad. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su simple coincidencia con la Carta Magna.*”

Si bien es loable la idea, advierto que entender que el derecho privado se ha constitucionalizado por incorporar la presunción de constitucionalidad de la norma, es sobredimensionar la cuestión. Tal como sostiene Garay⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho desde antaño que en los casos en que se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de una norma o en aquellos en que el intérprete se enfrenta a más de un significado posible, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última *ratio* del

7. HIGHTON, Elena ob. Cit. P. 36

8. GARAY, Alberto F. “El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados”, La Ley Online, 17 de agosto de 2015, AR/DOC/2485/2015

orden jurídico, por lo que si existen dos interpretaciones posibles -una constitucional y otra inconstitucional-, la Corte debe optar por la primera.

Lo cierto es que este criterio es empleado en nuestro país desde mucho antes que el código civil y comercial lo estableciera. Sin perjuicio de ello, considero que resulta valorable su incorporación ya que en definitiva ratifica que la Constitución Nacional es un “techo ideológico” al cual el Código debe subordinarse.

7. LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO FUENTE DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

De conformidad con lo que se dijo en el apartado anterior, no cabe duda que el Código Civil y Comercial es jerárquicamente inferior a los Tratados de Derechos Humanos en que la República sea parte, por lo que indudablemente son fuente del derecho que los habitantes pueden invocar directamente ante los tribunales sin necesidad de una ley que así lo reglamente.

Sin embargo, si vamos más allá de la obviedad que resulta que el código no puede contrariar un Tratado, se desentraña que esta mención puede significar que el control de convencionalidad ingrese a la esfera del control de constitucionalidad.

Al incorporarse los Tratados internacionales dentro del bloque de constitucionalidad de nuestro país, la actividad jurisdiccional no puede limitarse a realizar el control de constitucionalidad, sino que se debe integrar a él el control de convencionalidad, debiendo los jueces analizar si el derecho infra constitucional se adecua tanto al texto de la ley fundamental como a los Tratados que forman parte de ella.

Un aspecto que cabe destacar de la redacción del art. 1 del Código Civil y Comercial es la omisión de mencionar como fuente los demás Tratados de derecho internacional que no son de Derechos Humanos. En la versión del Anteproyecto presentada por la Comisión y luego por el Poder Ejecutivo en el Senado, se afirmaba que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”, sin embargo, esto fue modificado y se agregó la exigencia que la interpretación sea conforme a los “tratados de derechos humanos”.

Si bien considero desafortunada la modificación realizada, y los “otros” Tratados internacionales no se encuentren incorporados en forma expresa como fuentes del código civil y comercial, ello no significa que no lo sean. Desde 1994 todos los Tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes por lo que, ante una eventual colisión con el código igualmente prevalecerán sobre él.

8. INCONVENIENTES DE LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO

Si bien la adecuación del Código Civil y Comercial de la Nación al texto Constitucional constituye un propósito muy loable y un buen fundamento para dar coherencia a todo nuestro ordenamiento, la incorporación de este término no deja de ser una mera ratificación del art. 31 de la Constitución Nacional.

Julio César Rivera⁹ brinda una visión más completa sobre este concepto de “constitucionalización” considerando que “la reforma constitucional de 1994 incorporó normas al menos parcialmente de derecho privado (medio ambiente, consumidores, protección de datos)”, asimismo adhiere a la crítica que hizo Alberdi al Código de Vélez en tanto consideró que “el Derecho Civil como la Constitución de que ha de ser un derivado estricto, debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación Argentina”. Finalmente agrega que “la constitucionalización del Derecho privado implica que éste debe recoger los valores de la Constitución, esto es, ser recipiendario de los principios democráticos y valores propios del liberalismo político”.

Si bien uno puede coincidir o no con esta idea formulada, el concepto no es un inocente enunciado, sino que detrás de tal fuerte ideología se esconden ciertos inconvenientes que pueden repercutir en forma directa al momento de la aplicación de la nueva normativa.

El principal inconveniente que resulta del empleo de este término es la trivialización de la Constitución, ya que una cosa es que se piense que se ha constitucionalizado el derecho privado y otra muy diferente es que se piense que se ha privatizado la Constitución.

Sin embargo, la problemática no es solo una cuestión de interpretación, sino que al incorporar esta idea “políticamente correcta” se produce que ninguna decisión judicial pueda tener carácter definitivo ya que todas las decisiones podrán ser llevadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación con base en el inc. 3 del art. 14 de la ley 48¹⁰, en tanto el perjudicado siempre podrá fundar que el derecho común que le favorece es conforme la Constitución Nacional y que la sentencia apelada le ha desconocido ese derecho. Como establecer esa conformidad constitucional o convencional sería una exigencia ineludible de las sentencias,

9. GARAY, Alberto. Ob. Cit con cita de RIVERA, Julio César “Comentarios al proyecto del Código Civil y Comercial” 2012, Abeledo Perrot, p. 1,4.

10. 3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

podrá alegarse que existe la relación directa que emana del art. 15 de la ley 48¹¹, pues la resolución de todo dependerá en última instancia de la interpretación final que se les asigne a las cláusulas constitucionales y/o convencionales¹².

Un ejemplo claro de esta situación ocurre cuando se tiene que interpretar el “interés superior del niño” -contemplado en la Convención de los Derechos del Niño art. 3.1)-, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin duda alguna, habilitó la instancia con base en el citado art. 14 inc. 3 de la ley 48 sin importar que se tratara de un tema de derecho común.

Si uno se deja llevar por esta idea de “interpretación conforme” o “constitucionalización”, *más casos de derecho común, que tan solo aludan genéricamente a la Constitución o a los Tratados Internacionales serán apelados a la Corte*, generando una deslegitimación de la instancia ordinaria y una sobrecarga en nuestra Corte, que en todos los casos será quién tenga la última palabra y transforme ese carácter extraordinario de excepción en regla.

Otra cuestión problemática, no menos relevante, que puede surgir de este término y las reglas ambiguas que derivan de él es que la expresión “conforme” podría significar la llave de acceso para realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio, provocando un ensanchamiento y un gran poderío del Poder Judicial.

Alberto Garay¹³ alega que quienes sostienen esta idea fundamentan que con esta palabra –“conforme”- el código unificado “exige” a los jueces civiles y comerciales que de oficio -sin que ninguna de las partes de un proceso se lo requiera- analicen si la o las normas a aplicar resultan ser constitucionales o no. El autor sostiene que, como es un tema que ha sido debatido largamente en la doctrina, si el legislador hubiera querido introducir el control de constitucionalidad de oficio respecto de cada norma del código y de la legislación complementaria, lo hubiera hecho en forma expresa. Asimismo, destaca que el hecho de que los jueces deban revisar siempre la conformidad de cada una de las normas en oportunidad de resolver cada caso presupone que siempre puede existir conflicto con la Constitución o que ella dispone sobre todo el derecho común, cosa que no es cierta.

11. Art. 15. – Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una resolución directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa, quedando entendido, que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución.

12. GARAY, Alberto. Ob. Cit.

13. Ob cit. Página 5 pto. IV.3.

Finalmente, corresponde destacar que, el Código Civil y Comercial posee innumerables artículos que regulan la vida privada de las personas que no se rigen ni se relacionan de modo directo con las disposiciones constitucionales. Esto no implica negar que se puedan plantear casos en donde el juez civil o comercial deba interpretar si la norma de derecho común *contraría* o no a la ley suprema, sin embargo, eso no es una cuestión nueva, ni ha surgido por la “constitucionalización del derecho privado”, es algo que se viene realizando desde hace un siglo como consecuencia del principio de supremacía constitucional.

9. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

A lo largo del trabajo se pudo hacer un breve recorrido sobre los fundamentos de la supremacía constitucional y el orden de prelación normativa que establece la Constitución Nacional. Se advierte que, desde su sanción, se estableció que la Constitución Nacional es la ley suprema de nuestro país y todo el ordenamiento debe adecuarse a ella.

La reforma de 1994 reforzó los principios de un Estado social de derecho y se receptó en forma expresa lo que ya se venía implementando por vía jurisprudencial, es decir, la incorporación de los Tratados internacionales y su jerarquía *supra legal* e *infra* constitucional, como así también la incorporación de ciertos Tratados con jerarquía constitucional. Así, desde ese momento quedó conformado lo que hoy llamamos “bloque de constitucionalidad” ampliando la órbita judicial no sólo al control de constitucionalidad de las normas sino al control de convencionalidad -adecuación de la norma inferior a la Constitución y los Tratados Internacionales-.

Es en el año 2014 -20 años después de la reforma constitucional- que se produce la sanción y promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual por más utilizado que sea en nuestra cotidianeidad no deja de tener jerarquía de ley, por ende, se encuentra por debajo del mencionado bloque de constitucionalidad y sin duda alguna, debe estar de conformidad con él.

Sin embargo, y más allá de la claridad con la que surge esta situación, los juristas encargados de llevar adelante el anteproyecto de reforma introdujeron la idea de la “constitucionalización del derecho privado” y la plasmaron en el art. 1 del citado cuerpo normativo al establecer que “los casos que rige este código deben ser resueltos conforme la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de derechos humanos en que la República sea parte”. Sin embargo, y más allá de todos los inconvenientes que advertimos que trajo la utilización de ese término -a mi modo de ver incorrecta-, la intención de los juristas no deja de ser loable, siempre y cuando sea bien interpretado.

Es indudable el vínculo que existe entre la Constitución y las normas de derecho común en tanto, el código unificado regula cuestiones que tienen alto impacto en la ley suprema como así que, los principios constitucionales se encuentran en el cuerpo normativo de derecho civil y comercial, sin embargo ello no implica decir que el derecho privado se ha constitucionalizado, ni que los jueces ordinarios tengan la potestad para ejercer el control de constitucionalidad de oficio ni que todos los casos tengan que ir en última instancia a la Corte Suprema de la Nación por considerar que en cada norma de derecho privado se tiene que interpretar alguna norma constitucional.

A mi entender y compartiendo lo que dice el Dr. Dalla Vía¹⁴, la Constitución Nacional tiene que ser un techo ideológico al que debe subordinarse la totalidad del sistema jurídico y eso no es una cuestión que ha introducido esta idea de la constitucionalización del derecho privado, sino que existe desde que en el art. 31 de nuestra ley fundamental se recibió el principio de supremacía constitucional. Estaría bueno entender esta idea de “constitucionalización”, para que el Código Civil y Comercial sea tomado como una ley reglamentaria de la Constitución, más especialmente del capítulo de los “Nuevos Derechos y Garantías”, y que no sea mal entendida como la privatización del derecho constitucional.

Sería ideal que, esta expresión sea interpretada de esa manera para que el Derecho Civil y el Derecho Comercial sean puestos en línea con el Derecho Constitucional; para que se reafirme el carácter supremo de nuestra Constitución Nacional, y no para darle aún más entidad al derecho privado de la que tiene.

No se introdujo ningún concepto nuevo, la Constitución y desde 1994 los Tratados con jerarquía constitucional, siempre fueron la ley suprema y todas las leyes que son jerárquicamente inferiores deben ser redactadas e interpretadas “conforme” a ellos.

14. DALLA VIA, Alberto Ricardo “Aspectos constitucionales del Código Civil y Comercial” La Ley Online, 22 de abril de 2014, AR/DOC/1098/2014

CAPÍTULO IX

USO Y ABUSO DE LA CODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA

*Gustavo GUTIÉRREZ-TICSE**
A Jorge Carpizo In memoriam

1. EL TEMA

Tras el final del fujimorismo a fines de los años noventa, el Perú inició una nueva etapa democrática con la instalación del gobierno transitorio presidido por Valentín Paniagua Corazao. Desde entonces, y a la sazón de los sucesivos gobiernos, los poderes públicos han ido afianzándose al punto que, hoy en día puede decirse que el Perú vive un estado constitucional donde el respeto a los derechos fundamentales, es el fin supremo de la sociedad y del Estado

En efecto, el Perú no tiene un sistema político en crisis como en los años noventa; todo lo contrario, lo que ha venido sucediendo son conflictos entre las instituciones de poder como consecuencia de la consolidación del sistema democrático. Conflictos competenciales entre el gobierno central con los gobiernos sub nacionales. Tensión entre los poderes públicos por atribuciones conferidas por la constitución y las leyes orgánicas, se han suscitado frecuentemente.

En ese orden de ideas, como todo estado democrático que alzapreme la Constitución, el órgano de control termina por convertirse en la instancia de cierre frente a cualquier controversia que ponga en ciernes los principios y valores constitucionales. Es allí donde se generan fuertes encuentros entre los poderes públicos que terminan por justificar la

* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en el Programa de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Con cursos de Post Grado en la Universidad Carlos III de Madrid, y en el Congreso de los Diputados de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Catedrático e Investigador del Instituto de Derecho Público. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres de Lima, y Privada Antenor Orrego de Trujillo. Expositor en eventos nacionales e internacionales, y autor de más de 5 libros en materia constitucional, procesal constitucional, y de innumerables artículos en revistas especializadas. gustavgutierrez85@gmail.com.

pregunta de esta ponencia ya que es recurrente en nuestra realidad: ¿Tiene límites el Tribunal Constitucional Peruano en el uso de la codificación procesal constitucional?

2. EL MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANO

La Constitución de 1993 prevé que nuestro modelo de jurisdicción constitucional es dual. Es decir, tenemos los dos sistemas originarios de control, tanto el difuso como el concentrado, pero en coordenadas distintas. Así se infiere de una lectura sistémica de los artículos 138° y 201° de la Carta Política. En el modelo difuso, todos los jueces en cualquier proceso pueden inaplicar la ley o norma equivalente para preferir la Constitución. En el modelo concentrado, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) conoce los procesos constitucionales en estricto, y alguno de ellos, solo en la medida que hayan sido desestimados por el Poder Judicial. Es decir, por un lado conoce en instancia única determinados procesos (inconstitucionalidad y competencial), y por otro lado, demandas declaradas improcedentes o infundadas por los órganos jurisdiccionales (hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento).

No se trata de un modelo mixto en donde la prevalencia la tenga el TC, sino todo lo contrario es un sistema de jurisdicción donde el poder ordinario y el constitucional comparten el rol de garantes de la supremacía de la Constitución a partir de un claro ejercicio de sus competencias. En la inaplicación de las leyes y normas de igual jerarquía el juez ejerce su potestad difusa. E inclusive en los procesos constitucionales si las estima no hay posibilidad de control constitucional por parte del TC. Al frente, el TC cumple funciones de control en las esferas que la Constitución le confiere: inconstitucionalidad y competencial en exclusiva; y hábeas corpus, amparo y hábeas data por excepción cuando se trata de recursos que impugnan la denegación de los mismos en sede judicial.

3. LA UBICACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El TC peruano se constituye en la Constitución de 1993 como un órgano constitucional autónomo. No obstante, tiene como antecedente el Tribunal de Garantías Constitucionales de la derogada Constitución de 1979, siguiendo al configurado por la Constitución española de 1931.

Ambos textos prescriben que el TC es el “órgano de control de la Constitución”. No explicitan en cambio su carácter de “supremo”. Fue la derogada Ley Orgánica N° 26435 la que lo estableció. Igual repite la vigente Ley N° 28301.

En una evaluación estricta sobre los fundamentos del constituyente para incorporar el Tribunal Constitucional como poder constituido podemos señalar que no fue precisamente establecer su carácter de “supremo” frente a los poderes públicos. Por esta razón la Constitución precisa en su artículo 99° que los magistrados de éste Tribunal pueden ser acusados por infracción a la Constitución. Lo que quiere decir que, no son en estricto como colegiado “supremos intérpretes”, porque la decisión que adopten está sujeta a una eventual evaluación del parlamento, que podría sancionarlos de asumir que la “interpretación” del Tribunal Constitucional rebasa los postulados constitucionales.¹

El legislador no obstante, ha querido cerrar el debate sobre la ubicación del TC a favor de éste y, lo ha reiterado a nivel legal, como ya dijimos, en su Ley Orgánica N° 28301 del año 2004, su carácter de supremo.

A pesar de ello, la polémica no ha cesado en nuestro país, y de tiempo en tiempo vuelve a colocarse en el escenario político el debate sobre su ubicación entre los poderes públicos.

En efecto, en el año 2006 el tema nuevamente volvió a la Agenda legislativa. El entonces congresista Ántero Flores-Aráoz (Unidad Nacional), presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, presentó el proyecto de Ley N° 14321/2005-CR, para que el TC actúe sólo como “legislador negativo” y limite su colaboración con el Congreso a una mera detección y comunicación de vacíos legales. Pero en lo categórico, la propuesta de Flores-Aráoz elimina su reconocimiento legal como “supremo intérprete” de la Constitución.

El TC moduló relativamente su actuación en una clara política de autocontención, hasta que, en el año 2008, nuevamente el tema de los límites del TC se pone en la cresta de la ola con el debate suscitado a la luz de la reforma al Código Procesal Constitucional mediante la Ley N° 28642, la cual prohibía el amparo en materia electoral, con lo cual se cerraba “aparentemente” un debate inacabable. No obstante, ello no ocurrió, ya que el TC mediante sentencia recaída en el expediente 0007-2007-PI/TC de fecha 22 de junio de 2007, declaró inconstitucional dicha reforma. Con dicha decisión nuevamente la confrontación llegó al clímax.

1. En el año 2003, el parlamento inició un proceso de acusación constitucional que si bien no prosperó, lo cierto es que puso en cuestión el rol del TC. Hablamos del caso Bedoya de Vivanco y la subsiguiente denuncia constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional que dispusieron la excarcelación del aludido personaje.

¿Es el TC el intérprete supremo de la Constitución? Nosotros creemos que sí. Más allá de la voluntad del constituyente, y la omisión en sede constitucional de su connotación de “supremo”, no cabe duda por el rol que cumple un órgano como éste en el estado democrático debe imponer la Constitución frente a los actos de la autoridad. Por ello, reciben la legitimación del parlamento con alto consenso a la hora de designar un magistrado constitucional. No es por tanto incompatible con el aludido artículo 99° de la Constitución que establece la acusación por infracción, en razón que dicha previsión se hace en la lógica de un estado democrático constitucional en donde existen frenos y contrapesos a la hora de definir los límites de los detentadores del poder.

Ciertamente, el propio TC (Exp. N° 0030-2005-PI/TC) no sólo ha defendido su carácter de supremo intérprete sino también ha reconocido sus límites:

“Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aun cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).”

Aún así, la interpretación desarrollada por el TC ha sido altamente cuestionada en razón que en muchos casos no solo ha resuelto controversias constitucionales por conflicto de bienes de igual nivel sino en algunos casos inclusive yendo más allá de las prohibiciones constitucionales. El caso del amparo contra amparo (Exp. N° 4853-2004- PA/TC), el amparo en materia electoral y contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura (Exps. 2366-2003-AA/TC y 1412-2007-PA), el recurso de apelación por salto (Exp. N° Exp. N° 00004-2009-PA/TC), entre otros, ha dado lugar a permanentes tensiones como hemos visto las que no han cesado. Hace poco, el TC nuevamente reevalúa la codificación e incorpora un nuevo procedimiento por la vía jurisprudencial, al que ha denominado “sentencia interlocutoria denegatoria” (Exp. N° 00987-2014-PA/TC).

Todo ello nos sugiere la pregunta: ¿Tiene límites el Tribunal Constitucional? La respuesta no puede ser sino afirmativa, ya que en un modelo democrático todos los poderes constituidos son limitados. El TC por tanto como poder constituido también lo es.

En efecto, como señala en la misma línea Carpizo², los poderes constituidos creados por la Constitución son: el poder revisor de esta y el Tribunal constitucional, donde ellos existan; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional no es un poder constituyente. Tampoco es un poder legislador. Es un poder constituido de relevancia en el cuadro de poderes ciertamente, comparable al del poder de reforma que generalmente ostenta el parlamento, pero no encuentra una ubicación superior ni de sobreposición de atribuciones, menos en países en donde no existe disposición expresa de la Constitución. Aún si así fuera, el TC en ningún caso está por encima del poder constituyente, tampoco puede trastocar los poderes del parlamento, ya que el poder de legislación al fin y al cabo le ha sido concedido al congreso por mandato del constituyente.

4. LA “AUTONOMÍA PROCESAL” DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Esta ubicación del TC como poder constituido, que pareciera ser pacífico en el texto constitucional, en la *praxis* no lo es por los argumentos expuestos en el punto anterior. La razón germina en que los tribunales constitucionales (no escapa a ello el del Perú), se caracterizan por un activismo judicial, unos más que otros. En ese orden de ideas, el TC peruano ha expuesto en esa lógica activista, que la Constitución le confiere “autonomía procesal” con el objeto de optimizar sus funciones. (Exp. N° 013-2002-AI/TC)

Debemos decir frente a ello que, la autonomía procesal que el Tribunal se atribuye no tiene una definición unánime en la legislación comparada. De hecho en Alemania, en donde se origina el término, la polémica no ha cesado. Nuestro Tribunal la define como “aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución puede ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias. Ello implica además que los poderes del Estado u órganos constitucionales no pueden desnaturalizar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la Constitución. Así se lee de los fundamentos 37 y 38 del Exp. N° 00005-2007-PI/TC.

2. Carpizo, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley, Lima, 2009, p. 31.

Como se recuerda, de la clásica teoría de la división de poderes (legislativo, ejecutivo, y judicial), a partir del periodo de entreguerras pasamos a un modelo de “*frenos y contrapesos*” que han dado cabida a nuevos órganos constitucionales, como el Ministerio Público, los Consejos de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo y el Tribunal Constitucional. Y precisamente cada una de estas modernas instituciones se han venido asentando en el constitucionalismo contemporáneo, de tal manera que la teoría constitucional identifica sus elementos básicos pero no las perfila de modo homogéneo en razón que resultan ser creaciones de la Constitución, y por tanto adquieren sus propios matices de realidad en realidad.

En ese sentido, el control que desarrollan los tribunales y cortes constitucionales, son una expresión del Estado democrático constitucional. Y nadie discute su contribución e importancia en la limitación de los excesos del poder y en la revaloración de la persona humana y el respeto a su dignidad. Tampoco se contradice la capacidad de éstos órganos de interpretar la Constitución, y mantenerla viva al paso del tiempo. Lo que sí es objetable, al menos en los sistemas democráticos, es pretender configurar un Tribunal Constitucional al grado de mutilar o alterar la Constitución, en tanto y en cuanto se trata de la materialización del acto soberano, libre y supremo, que se traduce en la elaboración del pacto social. Y es que, como sostiene el profesor mexicano Jorge Carpizo³, las facultades del Tribunal Constitucional son señaladas expresamente por la Constitución

Y ello no podría ser de otro modo, puesto que la Constitución es expresión de la soberanía popular. Del pueblo reunido en determinados momentos de la historia en el que los constituyentes acuerdan diseñar el modelo de estado, sus instituciones, los ámbitos de competencia y límites de éstas. En esta línea, el ex presidente del Tribunal Constitucional español, don Francisco Tomas y Valiente⁴ ha explicado en su oportunidad, que el Tribunal Constitucional, no es, obviamente, titular de la soberanía, ni del poder constituyente, sino el supremo garante de lo que el pueblo soberano, titular del poder constituyente, dejó escrito en el texto de la Constitución a la que estamos sometidos todos inclusive ellos mismos.

Ciertamente, si la Constitución estatuye un modelo de control híbrido en el cual establece “esferas de cierre” en donde el Tribunal Constitucional no tiene expresas competencias, la posibilidad que éste llegue a avocarse a dichas esferas pasa por una reforma constitucional y

3. Carpizo, Jorge, *Op. cit.*, p. 41.

4. Tomas y Valiente, Tomas, *Escritos desde y sobre el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 84.

no por una interpretación por más elástica que le permita el sistema, pues como dice Haberle⁵, la interpretación de la Constitución no debe llegar a una identidad con el legislador (mucho menos con el constituyente).

En lo que es más Carpizo⁶ informa que, dependiendo de cada Constitución y sistema de gobierno, el tribunal constitucional no siempre es la última instancia de interpretación o decisión constitucionales. Aun en la mayoría de las Constituciones, el tribunal no es competente para conocer una serie de situaciones. Enuncio –prosigue Carpizo– algunos ejemplos:

El juicio político de responsabilidad.

- a) Las resoluciones de los tribunales electorales cuando son inatacables.
- b) Los estado de emergencia, de excepción o de sitio.
- c) La declaración de guerra.
- d) La protección de la forma federal en las entidades o provincias.
- e) Las resoluciones de los Consejos de la Judicatura.
- f) Las resoluciones sobre los límites territoriales entre las entidades o provincias.
- g) Las recomendaciones de los *ombudsmen*.⁷

Si esto es así, cuando la Constitución peruana señala textualmente que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones son irrevisables (Art. 181), que no se someten a referéndum las normas de carácter tributario (Art. 32), que los fallos del Poder Judicial que adquieren la calidad de cosa juzgada son inmutables (Art. 139 inc. 2), que los magistrados destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público), o que el Tribunal Constitucional solo conoce de los procesos constitucionales cuando se trate de denegatorias (Art. 200), es porque el constituyente así lo ha decidido; de modo que si el Tribunal Constitucional como que lo ha hecho, ingresa a contradecir éstas cláusulas constitucionales para darle una orientación absolutamente contrapuesta, está extralimitando sus competencias.

5. Haberle, Peter, *El estado constitucional*, Fondo editorial PUCP, Lima, p. 162

6. Carpizo, Jorge, *Op. cit.*, p. 38.

7. Carpizo, Jorge, *Op. cit.*, pp. 38-39.

Igual ocurrirá cuando el Tribunal pretenda crear sus propias reglas y diseñar su propio proceso como si fuera dueño del mismo aún así se ampare en lo prescrito en el Art. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional bajo el supuesto derecho-deber del Tribunal de adecuar las formalidades a los fines del proceso. Polémicas decisiones que ya hemos explicitado como la posibilidad del “amparo contra amparo” o la incorporación de la figura del “*amicus curiae*” y hace poco la denominada “sentencia interlocutoria denegatoria”, no son pacíficas. Y es que por cierto, el precitado artículo del Código no le da al Tribunal Constitucional la capacidad de flexibilizar sus reglas o de crear nuevas disposiciones, sino la de adaptar al caso concreto los parámetros de su actuación

Lo que debería el Tribunal Constitucional frente a la necesidad de contar con una regla general de alcance procesal o inclusive material es generar mediante el principio de colaboración de los poderes ante el parlamento, una propuesta de ley a fin que se modifique la norma pertinente e incorpore disposiciones como la reciente figura procesal creado jurisprudencialmente en el Perú, de la sentencia interlocutoria denegatoria.

De lo contrario, lo que finalmente concluirá este tipo de adaptaciones normativas reiteradas es que el sistema jurídico se empezará a deconstruir y por lo tanto la labor del Tribunal Constitucional terminará siendo absolutamente cuestionada. El parlamento ya no será protagonista en la creación de la legislación porque en definitiva el Tribunal desarrollará su propio proceso mediante los mandatos normativos de sus sentencias.

Ya el profesor Juan Monroy⁸ ha señalado refiriéndose a la autonomía procesal que ni en su país de origen y tampoco en España, desde donde se nutren de información los asesores del Tribunal Constitucional peruano, la Autonomía Procesal ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación. Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC saben que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre una ciencia jurídica, la procesal.

Es más la profesora Rodríguez Patrón⁹, ha reiterado en referencia a la autonomía procesal que conforme a lo sostenido por la doctrina, el Tribunal Constitucional Federal alemán está sometido a muchos límites en la realización de esta tarea, entre ellos, los principales, la

8. Monroy Palacios, Juan, *La “autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada*, en Revista Oficial del Poder Judicial, Año 1 N° 1, Lima 2007, p. 277.

9. Rodríguez Patrón, Patricia, *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 21, N° 62, Mayo-Agosto, Madrid, 2001, p 172.

ley y el principio de división de poderes. La LF (art. 94.2) ha encomendado la regulación del proceso constitucional a la Ley federal y no al Tribunal, por lo que la regulación de aquélla debe, en todo caso, respetarse. A falta de previsión de la Ley y, de acuerdo con el principio de división de poderes, al TCF le corresponde actuar de forma adecuada a la función que la Constitución le ha asignado, la judicial y, por tanto, actuar como cualquier otro Tribunal en ese supuesto ha de buscar en el caso concreto, dentro del conjunto formado por los distintos ordenamientos procesales, los principios o reglas necesarios que mediante su aplicación analógica puedan completar la Ley. Debido a la especialidad del Derecho procesal constitucional, en ocasiones los métodos tradicionales de integración judicial del Derecho pueden no ser suficientes para colmar la laguna. Sólo en estos casos —mantiene la doctrina— el TCF tendrá una mayor libertad para completar la LTCF, lo que debe hacer, igualmente, en el ejercicio de su función jurisdiccional y, por tanto, en el seno de un proceso concreto. De lo contrario, estaría ejerciendo una competencia (normativa) que no le corresponde a él, sino al legislador.

¿Qué ocurre entonces con la autonomía procesal a la peruana? Una atribución dudosa pero que además le permite al Tribunal ir más allá de lo que la propia doctrina asume. No le falta razón al profesor Monroy¹⁰ cuando adjetiva a la autonomía procesal justificada por nuestro Tribunal Constitucional como una “vulgar coartada multiuso”

Distinto es que el pueblo dote al Tribunal Constitucional de verdaderas características de supremo intérprete y, darle cabida al control absoluto por *mor* de los derechos fundamentales, ello tendría que pasar por una reforma constitucional que precise además de su calidad de “supremo” que hoy en día en sede constitucional no lo expresa, rediseñe las instituciones y figuras que precitamos párrafo arriba, e inclusive para actuar en contrario, es decir, para explicitarle sus límites. Sea cual fuera la decisión, como sostiene Haberle,¹¹ requiere en el Estado constitucional de determinados procedimientos y mayorías calificadas en el parlamento. Eso es lo democrático.

He allí el tema de fondo. La transformación de la Constitución no es un asunto de los intérpretes sino de los constituyentes, y el Tribunal no lo es como tampoco el parlamento, salvo cuando inicia un proceso de reforma constitucional con las exigencias que Haberle nos ha dicho. De lo contrario se corre el peligro de terminar por sustituir la soberanía popular por estamentos corporativos que no ostentan dichas prerrogativas.

10. Monroy, Juan, *op. cit.*, p. 290.

11. Haberle, Peter, *op. cit.*, p. 65

Pero reiteramos no solo en sede constitucional, sino además a nivel legal, sorprende que el TC pretenda contradecir los límites o crear sus propias reglas, relajando por ejemplo las causales de improcedencia, o fortaleciendo su poder a través de la creación de nuevos procedimientos no previstos en el código, como es el caso del denominado “recurso de apelación por salto”, o la “sentencia interlocutoria denegatoria”.

En suma, delimitando las competencias del TC en el estado democrático, señalamos siguiendo a Carpizo¹², las siguientes:

- a) La interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de las leyes y actos. Entonces no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del poder constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.
- b) Respeto a las cláusulas pétreas contenidas en la Constitución.
- c) Acatamiento a la Constitución material, es decir, a los principios y valores fundamentales que individualizan a la Ley Fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios.

5. AHORA EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL

El activismo procesal también se ha extendido a los predios judiciales. Los jueces en un afán de convertirse en “estrellas”, en importantes casos han pretendido superar los extramuros legales. Por ejemplo, a través del uso de la sentencia de actuación inmediata, prevista en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, el cual fue concretado por el legislador para que el Juez pueda garantizar los derechos constitucionales, pero en un afán desmedido se ha pretendido utilizar para impedir el ejercicio de competencias constitucionales de los poderes públicos, como es el caso de la investigación parlamentaria contra el ex presidente Alan García. El Juez emitió una sentencia favorable y pretendió ejecutar su decisión, lo que sin duda explica la necesidad de una reevaluación de la codificación constitucional.

De otro lado, ocurre también que la Corte Suprema no tiene competencia para revisar las decisiones de los jueces de inferior grado, por *mor* del artículo 3 del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, un juez de primer nivel puede revocar prácticamente una decisión de la Corte Suprema, sin que ésta tenga capacidad de tomar una posición sobre todo

12. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 68.

siendo el estamento más importante de la organización judicial. Sin duda, disposiciones de la codificación peruana que merecen reevaluarse.

En suma, consideramos necesario una revisión de la codificación peruana, a trece años de la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional, con el objetivo de optimizar la justicia constitucional en el Perú, con importantes herramientas para los operadores jurisdiccionales, pero también estableciendo los contrapesos a los excesos que pudieran generarse por un uso desmedido de la potestad constitucional de control.

6. CONCLUSIONES

Pareciera que no es probable que un tribunal constitucional desconozca esos límites, en virtud de que su esencia es la defensa jurisdiccional de la Constitución, y es -prosigue Carpizo- el primero que debe respetarla. Sin embargo, en la realidad, diversos tribunales constitucionales (como es el caso del peruano) han protagonizado enfrentamientos políticos en su afán de aumentar su poder, o el tribunal se compromete en un activismo judicial galopante y desenfrenado que puede llegar a atropellar sus propios límites constitucionales. Es lo que se evidencia con todo el discurso empleado por el Tribunal Constitucional para construir inicialmente el recurso de apelación por salto y ahora la denominada sentencia interlocutoria denegatoria. De modo tal que en aras a preservar la institucionalidad de los órganos de poder debe desarrollarse una permanente colaboración de los poderes para evitar el abuso de competencias. Y ello se extiende de manera preocupante a los jueces del Poder Judicial, que en atención a la ejecución activista, hecha por el Tribunal Constitucional, de sus propias atribuciones, pretendan hacer lo propio en un afán de convertirse en “jueces estrella”.

Lo que si debiera fomentarse es que el Tribunal Constitucional tenga todas las garantías para cumplir su rol de garante de la constitucionalidad que lo ubique como un órgano de tensión entre los poderes del Estado. Es decir, por un lado, evitar un reiterado activismo; pero de otro lado, fortalecer su institucionalidad, ya que –como escribe Ferreres Comella¹³, el Tribunal Constitucional (a) no puede evitar fácilmente las cuestiones constitucionales que se le plantean, (b) es altamente visible y relativamente frágil, (c) no puede ser extremadamente deferente hacia el legislador, y (d) no puede negar fácilmente que la Constitución incluye principios relevantes para dar respuesta a los problemas suscitados, entonces, ¿no

13. Ferreres Comella, Víctor, Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la Ley en un Tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial, <http://demokoha.masmedios.info/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?...127721>

deberíamos concluir que (e) un Tribunal Constitucional de esa naturaleza tiene un fuerte incentivo para hacer bien el trabajo que tiene encomendado? Con independencia de que en un caso determinado declare válida la ley o la invalide, debe hacerlo sobre la base de buenas razones. Aunque no convenza a todas las partes de que sus decisiones son correctas, tiene que convencer a cuanta más gente sea posible de que está tomándose en serio su función, y de que fue una buena idea establecer un Tribunal Constitucional. Al fin y al cabo, los Tribunales Constitucionales no son indispensables.

CAPÍTULO X

VALORES CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO: INDÍCIOS E PRESUNÇÕES AD HONINEM NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

VALORES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO: INDICACIONES Y SUPOSICIONES AD HONINEM EN EL AMBITO DEL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL

*Antonio Celso BAETA MINHOTO**

*Paulo Antonio PAPINI***

1. INTRODUÇÃO

Utilizados, e estudados, de modo mais detido na doutrina penal, os indícios possuem evidente espaço de aplicação no processo civil, muito embora com matizes diferenciadas, dada a natureza diversa entre dos dois campos de aplicação mencionados (penal e civil).

Observa-se, ao pesquisar tanto os indícios como as presunções *ad hominem* (ou comuns), serem estes temas de pouco estudo na área processual civil. Talvez uma possível resposta a essa situação seja justamente a resistência em se admitir elementos de natureza assumidamente subjetiva para auxiliar a formação de convicção do julgador num processo concebido para ser estritamente objetivo e formal.

* Doutor em Direito Público e Direitos Fundamentais pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Universidade Cruzeiro do Sul, em sistema de Ensino à Distância (EAD); Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, SP; advogado; autor de obras jurídicas; e-mail: antonio@baetaminhoto.com.br.

** Mestrando e Doutorando pela em Direito Processual Civil/Constitucional pela Universidade Autónoma de Lisboa; Pós-graduação pela Escola Paulista de Direito; Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professor universitário; Advogado. paulopapini@aasp.org.br. <?>. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4.

Relativamente à exatidão e até um certo calculismo buscado nos julgamentos judiciais, Liebman, ao conceituar o termo “julgar” diz que tal ato “*consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso*”¹, ideia suficiente para demonstrar a exatidão e o racionalismo formal, e mesmo cartesiano, buscado no processo civil.

A articulação da prestação jurisdicional, mercê da previsibilidade e da segurança jurídica buscadas neste processo concebido modernamente², passa a ser algo mais matemático e “*a verdade buscada no processo, portanto, passa a ser a objetiva, absoluta, não havendo mais lugar para a denominada verdade ‘provável’, consoante se tinha por ocasião do modelo argumentativo*”³.

Com o tempo, no entanto, essa pretensão de transformar o direito em mais uma ciência “dura” mostrou pontos de fadiga e incompletude. Imaginar o juiz como um mero aplicador da norma, o famoso julgador “*bouche de la loi*” imortalizado por Montesquieu, julgador por excelência neutro, asséptico, desprovido de qualquer valoração pessoal, cedeu espaço a uma atuação mais realística desse mesmo juiz frente ao caso submetido a sua avaliação. Nascia, assim, a possibilidade de introduzir elementos subjetivos num sistema concebido para ser apenas objetivo.

Neste estudo, tomamos como ponto de partida essa visão do processo, campo em que, portanto, já se admite a inserção de elementos subjetivos como indícios e presunções, para então traçar uma linha de análise sobre o novo código de processo civil e sua relação com esses dois itens, indícios e presunções, buscando ver se a nova lei processual recebeu tais institutos e, se assim se deu, como isso se deu.

Por fim, o objetivo aqui é estimular o debate e propiciar reflexões sobre o novo código de processo civil no particular destacado. Se tal pretensão for alcançada, a existência desse estudo estará plenamente justificada e atendida.

2. A PROVA NO PROCESSO CIVIL

Neste tópico faremos breve digressão sobre a prova no processo civil clássico,

1. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4.

2. Para uma visão mais abrangente desse modelo jurídico novo, de cunho liberal, ver nossas reflexões em **Teoria Geral de Direito Público**. 3ª Edição. São Paulo: Arte e Ciência, 2014.

3. CARPES, Artur Thompson. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2008, p. 26..

especialmente para se poder identificar eventual tensão entre tal instituto e outros a ele relacionados, tomando por ponto inicial o conceito de ônus probatório.

A ideia do ônus probatório, e quem deveria assumi-lo foi legada ao mundo moderno por Roma. E a estrutura segundo a qual toca ao autor provar suas alegações e ao réu trazer elementos suficientes para derruir as alegações contra ele endereçadas – e via de consequência desconstituir as provas afetas a tais alegações – vêm dispostas em vários ditos latinos.

Actore non probant, reus absolvitur (não provando o autor, é absolvido o réu); *probatio incumbit qui dicit, non qui negat* (a prova incumbe a quem alega e não a quem nega); *in excipiendo reus fit actor* (apresentando exceção, o réu se torna autor); *negativa non sunt probanda* (fatos negativos não demandam prova), são alguns exemplos dessa estrutura, acima mencionada, ela própria sujeita a certas ponderações, mesmo numa visão mais ortodoxa do processo judicial⁴.

Em verdade, observa-se um movimento pendular no particular ora tratado. Tanto no Mundo Antigo (Grécia e Roma) quanto, com mais força, na Idade Média, tinha-se claro ser a busca da verdade uma tarefa a ser vista com extrema parcimônia, admitindo-se, como premissa conceitual, ser o resultado dessa busca a obtenção da verdade provável, estimulando o estudo, neste sentido, da chamada “patologia da argumentação” em que se evitava a adoção de uma discussão “*distante da confiança e do espírito de lealdade dos participantes da controvérsia*”⁵.

O modelo acima delineado, na Idade Moderna, é deixado de lado em prol de um modelo mais fechado, restrito, racionalista, cuja dinâmica acaba desaguando numa busca patentemente quimérica manifesta na ideiação do juiz como elemento apto a obter a verdade absoluta⁶. A prova, elemento fundamental no processo, obviamente também se submete a este tipo de concepção e “*passa a ser entendida como um instrumento normativo, cunhado através do conhecimento ‘científico’ da verdade dos fatos relevantes para a decisão*”⁷.

4. Autores clássicos já registravam que “*interessa somente o demonstrado, não quem o demonstrou*”, bem exibindo que a partilha do ônus probatório nunca foi restrita e rígida como alguns outros tendem a conceber. BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. in “Revista dos Tribunais”, São Paulo: 1974, p. 7-26.

5. CARPES, ob cit., p. 19.

6. A teoria clássica é tributária assumida dessa visão. Apoiando-se em Chiovenda e Carnelutti, Buzaid afirma ser função precípua dos órgãos jurisdicionais “*afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes*”. BUZAID, op. cit., p. 7-26.

7. TARUFFO apud CARPES, op. cit., p. 26-27.

A própria prática processual, no entanto, cuidou de demonstrar o excessivo idealismo contido na pretensão de se obter em juízo a verdade absoluta contida no texto legal, verdade esta, assim, a ser revelada pelo julgador. Tal postura cede espaço a uma outra, mais realista, em que a prova passa a constituir “*um meio retórico, indispensável ao debate jurídico (...) e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele*”⁸.

Mesmo em tempos mais recentes, a doutrina registra as dimensões objetiva e subjetiva da prova, vendo naquela “*o instrumento hábil a demonstrar a existência de um fato*” e, neste segundo sentido ou acepção, prova é “*a certeza que emana de um fato, a convicção firmada pelo juiz acerca do fato probando*”⁹, expondo, de modo suficiente, o já antes afirmado sobre os aspectos subjetivos naturalmente encontráveis no processo judicial.

Toma corpo, desse modo, a concepção do processo como um espaço propício à construção de um diálogo entre seus partícipes, algo que parte da concepção do próprio direito como “*produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais*”¹⁰ e, especificamente no campo processual, passa o juiz a ter por função a de ser “*empreendedor da justiça do caso concreto, especialmente mediante a conformação constitucional do processo (...)*”¹¹ e não mais o “*revelador da verdade legal*”, típico do modelo jurídico liberal mais ortodoxo.

Para esta concepção ao mesmo tempo mais realista do processo e igualmente mais adequada à sociedade contemporânea, os indícios e as presunções parecem ter um espaço até mesmo natural na dinâmica probatória, mas as tensões conceituais inegavelmente existem, como veremos ao longo deste estudo.

3. INDÍCIOS, PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO

Inicialmente, e sem se pretender aqui desqualificar as visões mais formalistas e calculistas do direito, o fato é que já há um bom tempo se concebe o direito, em âmbito doutrinário e

8. ARENHART, Sérgio Cruz. **O indício e a prova no direito processual**. in: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). *Processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006, p. 289-316. Neste mesmo texto, Arenhart registra que na Idade Média “*o fato de alguém sobreviver aos suplícios da tortura era sinal de que esta pessoa tinha razão – daí decorre que este indício, para aquele sistema, era perfeitamente condizente com a conclusão de que, quem sucumbisse aos tormentos da tortura não se encontrava na proteção divina e, portanto, mentia*”..

9. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 381.

10. MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Introdução à edição portuguesa à obra de Claus Wilhelm Canaris** (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. XVIII-XX.

11. CARPES, op. cit., p. 33.

com os influxos advindos da jurisprudência, como uma ciência essencialmente pragmática e cuja relevância, especialmente no âmbito processual, reside justamente na obtenção de uma solução aos problemas apresentados formalmente em juízo¹².

Destarte, o indício, a presunção e mesmo as ficções legais devem ser vistos, no âmbito processual de modo especial, nesta quadra prática acima destacada. O indício sempre foi elemento polêmico no campo probatório e isso tanto no processo penal quanto no processo civil. Muito embora no campo penal se saiba que o indício é um elemento importante na análise da conduta do investigado ou mesmo réu, também ali as restrições a tal instituto são patentes.

O Código Penal de 1830, por exemplo, taxativamente previa que nenhuma presunção “*por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena*”. Em tempos atuais, a extrema cautela para com os indícios remanesce. A esse respeito, Sérgio Cruz Arenhart¹³ cita julgado expressivo deste entendimento:

Toda e qualquer condenação criminal há de fazer-se alicerçada em prova robusta. Indícios e o fato de se ouvir dizer que o acusado seria um traficante de drogas não respaldam pronunciamento judicial condenatório, o mesmo devendo ser dito em relação a depoimentos colhidos na fase policial e não confirmados em juízo. A posse de pequena quantidade de droga resolve-se no sentido não do tráfico, mas do consumo de substância entorpecente pelo agente” (STF, 2a Turma. HC 77.987/MG, rel. Min. Marco Aurélio. DJU 10.09.99, p. 2).

Resulta suficientemente claro estar tal postura defensiva relativamente ao indício inserida na própria estruturação do direito moderno, todo ele concebido para ser calculado e com solução obtidas a partir de silogismos e raciocínio dedutivos restritos, cuja rigidez conferiria a segurança desejada pelo sistema jurídico-normativo¹⁴.

12. CATÃO, *apud* KRELL, Andreas Joachin. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica**. Revista de Direito da GV, n° 19, jan-jun, 2014, p. 295-320.

13. ARENHART, *idem*, *ibidem*.

14. Dois respeitados doutrinadores, a esse respeito, registram não passar “*pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional*” e prosseguem aduzindo fazer “*três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento*” e em seguida concluem: “*a própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo*”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação - a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 1.

Nada obstante, a prova indiciária é um instituto de relevante importância no contexto do direito processual. É algo inserido, esclareça-se, na idéia de *presunção* aplicada ao universo jurídico. A *presunção*, no direito, e numa divisão bastante básica – algo perfeitamente aceitável para os limites e fins deste estudo – se diferenciam entre *presunções legais* e *presunções judiciais*.

As primeiras se voltam a ficções lógicas criadas pelo legislador para proteger certos interesses ou direitos. Figure-se, a esse respeito, o instituto da *comoriência*, tratado no artigo 8º do Código Civil vigente. Havendo dificuldade real e concreta em se determinar o momento da morte de duas ou mais pessoas envolvidas num mesmo evento, supõe-se pelo falecimento de todas no mesmo instante.

No exemplo citado, sacrifica-se a obtenção da verdade real, da concretude de uma prova cabal e insofismável – cuja obtenção é inviável ou extremamente improvável – pela adoção de uma probabilidade figurada como razoável ou ao menos aceitável e, ainda mais, sujeita ao contraditório de teses expostas na lide¹⁵.

Outro exemplo bastante ilustrativo de *presunção legal* se encontra tratado no art. 1.597, I, do já mencionado Código Civil, presumindo-se como filhos concebidos na constância do casamento aqueles nascidos no período de pelo menos 180 (cento e oitenta) dias após o estabelecimento da convivência conjugal.

Mais uma vez, a lei protege os interesses do filho diante, por exemplo, de uma situação de patrimônio paternal, ligado à morte deste último. É viável, por outro lado, a produção de prova em sentido inverso – no caso buscando comprovar a não paternidade – mas a lei estatui, de modo preliminar e presumido, a existência de tal condição, lançando sobre os ombros de eventual interessado discordante o ônus de comprovar condição inversa ou em sentido oposto àquela presumidamente aceita.

15. Piero Calamandrei registra a “*querela entre advogados e a verdade*”, classificando-a como “*tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta*”. Prossegue o mestre italiano: “*entre as facécias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente esta espécie de raciocínio: — Em todo processo há dois advogados, um que diz branco e outro que diz preto. Verdadeiros, os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias; logo, um deles sustenta a mentira. Isso autorizaria considerar que cinqüenta por cento dos advogados são uns mentirosos; mas, como o mesmo advogado que tem razão numa causa não tem em outra, isso quer dizer que não há um só que não esteja disposto a sustentar no momento oportuno causas infundadas, ou seja, ora um ora outro, todos são mentirosos. Esse raciocínio ignora que a verdade tem três dimensões e que ela poderá mostrar-se diferente a quem a observar de diferentes ângulos visuais. No processo, os dois advogados, embora sustentando teses opostas, podem estar, e quase sempre estão, de boa-fé, pois cada um representa a verdade como a vê, colocando-se no lugar do seu cliente*”. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 121..

O foco do estudo presente, no entanto, não repousa neste ponto. As presunções legais são, aqui, um tema lateral, tratado como suporte de raciocínio, mas fora do foco fundamental, estando este ajustado para as presunções judiciais, base de existência do indício. Na verdade, o indício é uma presunção judicial fundada num raciocínio lógico e racional, conquanto dedutivo, exatamente como ocorre nas presunções legais.

O atual CPC trata no artigo 334, IV, das presunções legais, admitindo-as como fatos carentes de comprovação. A previsão é um tanto quanto redundante, contudo, à parte disso, se registre sobre a necessidade de quem as invoca comprovar não o fato em si, presumido, mas a demonstração de se encontrar o interessado na condição de poder invocar o amoldamento de sua situação ao instituto em foco¹⁶.

Importante diferenciar, no contexto, presunção de ficção. A presunção supõe uma realidade, baseada num juízo de probabilidade razoável e obtido por um raciocínio lógico, como já se expôs anteriormente.

A ficção, ou ficção jurídica, ao revés, cria uma realidade assumidamente não verdadeira, porém tomada como se o fosse. Exemplo clássico é o do não comparecimento da parte para depor, atraindo, assim, a confissão dos fatos contra ela alegados (art. 343, § 1º). A lei até fala em presunção, mas é sabido por uníssona doutrina tratar-se não de uma presunção, mas de uma ficção, até mesmo por isso nominada de *confissão ficta*.

Os indícios estão melhor localizados junto às chamadas presunções *ad hominem* ou presunções simples, aquelas em que o juiz, partindo de fatos conhecidos (notórios ou comprovados), toma por provado um fato desconhecido e não provado.

No CPC de 1973, estariam tais presunções previstas no art. 335, albergadas sob o título “*regras de experiência*”, muito embora seja pacífico não haver na lei processual expressa previsão para o instituto da presunção por parte do julgador.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a respeito do tema, exemplifica seu cabimento, mencionando o caso da “*a posse de faca pelo acusado, suja de sangue da vítima, faz presumir a autoria do delito [e/ou] a pensão que o investigado dá ao pretense filho faz presumir a paternidade*”¹⁷.

16. No mesmo sentido, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Presunções e ficções no direito probatório**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS). Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 33, n° 70, p. 79–86, jul./dez., 2012.

17. Idem, *ibidem*.

No particular, se bem analisada a situação, vemos ser o indício um fato conhecido, contudo não cabalmente provado. Diz-se cabal, no caso, para se referir a fatos comprovados pelos meios clássicos: prova oral, documental ou pericial. Desse fato, tomado por “simples” indício, se infere uma conclusão, justamente o objeto da presunção simples ou *ad hominem*.

Convém destacar ser o indício um instituto inserido em outro mais amplo, o da prova, daí porque há quem entenda por necessário esclarecer que “*não se tem como dizer que indício seja prova*”¹⁸, mas tem força probante evidente e pode, em certas circunstâncias, levar a comprovação de um fato. Vejamos¹⁹:

Pode-se definir o indício como sendo um fato cuja certeza depende de uma prova, para demonstrar que seja verdadeiro. No entanto, uma sucessão de indícios, todos na mesma direção, pode levar ao julgador a convicção da ocorrência de um fato como verdadeiro. Muitas vezes, um indício é o ponto de partida para novas investigações de forma a concluir que aquele é certo, seguro, confiável.

Há não muito tempo, em rumoroso caso envolvendo figuras de proa de nossa política²⁰, surgiu inflamada discussão sobre um instituto bastante próximo do indício: a *teoria do domínio do fato*. Muito embora de aplicação voltada ao universo penal, a presente teoria adota a suposição de participação de pessoas com poder diretivo, ou de pessoas com pleno domínio dos elementos de uma conduta criminosa, ainda que não reste comprovada a sua participação em determinadas tarefas específicas.

Assim, se um crime foi praticado no contexto de uma estrutura governamental, como foi por exemplo o ocorrido na ação penal 470, o responsável por aquela estrutura pode ser criminalizado mesmo estando ausente prova cabal de sua participação nos atos criminosos apurados de modo individualizado. Há uma presunção jurídica e interpretativa no sentido de ver neste responsável um mentor efetivo dos atos ilícitos investigados em dada ocasião, ultrapassando até mesmo a figura de partícipe.

Como leciona Heleno Fragoso, “*seria autor não apenas quem realiza a conduta típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe da quadrilha*

18. NEDER, Marcos Vinicius e LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 206.

19. Idem, *ibidem*.

20. Refere-se aqui à Ação Penal 470, proposta junto ao Supremo Tribunal Federal pelo Ministério Público Federal, conhecida popularmente como “Mensalão”, e cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa e Ministro revisor Ricardo Lewandovski..

que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais” e o mesmo autor conclui: “pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação”²¹. Prosseguindo, a presunção simples exige requisitos para ser tomada como válida. Vital é existir, inicialmente, uma ligação bastante evidente e clara entre o fato conhecido e aquele outro desconhecido.

Não menos fundamental é se observar que o fato conhecido forçosamente deve conduzir o intérprete, no caso o juiz, ao fato desconhecido. Este último aspecto, só por si, afasta a possibilidade de se adotar a presunção se o fato tido por desconhecido exibir várias causas. Por fim, se o julgador for se basear em apenas um indício para provar um fato – e não há óbice formal a tanto – este indício deve ser suficientemente convincente, exibindo valor probante evidente e até mesmo “forte”.

4. PROVAS, PRESUNÇÕES, INDÍCIOS E SIMPLIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL NO NCP

Inicialmente, é preciso cautela na análise do novo código de processo civil no tocante à sua suposta insegurança ou privilegiamento da função judicante em prejuízo às garantias e salvaguardas das partes perante o juiz-estado.

Estamos diante não somente de uma nova lei processual, mas de um documento a expressar uma nova concepção do que seja um processo judicial e a conseqüente prestação jurisdicional nele envolvida. De início, havia quem duvidasse do caráter inovador da lei processual civil em comento²², mas a análise do texto final não deixa mais margem a dúvidas: é conceitual e substancialmente nova a lei processual civil recentemente promulgada.

Bem por isso, a lei nova em apreço desabrida e expressamente assumiu o compromisso da celeridade, da simplificação, do afastamento das formalidades tidas por inúteis ou meramente burocráticas e principalmente da busca da eficiência como um todo.

O Poder Judiciário deve ser eficiente e o processo judicial, via de consequência, deve perseguir essa mesma meta. A esse respeito pode-se concluir pela efetiva outorga de um poder diretivo processual mais amplo, profundo e ao mesmo tempo flexível ao juiz na nova lei ora em debate.

21. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro. Forense, 1985, p. 48.

22. LOURENÇO, Haroldo. **O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC**. Revista Temas Atuais de Processo Civil, Vol. 2, Fev/2012, p. 41-75. Lourenço, além de defender a ausência de ineditismo no NCPC, afirmando que o “*Código Buzaid está sendo somente organizado e sistematizado*”, referência Gilmar Mendes, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero como autores que advogam da mesma opinião.

Uma das questões inovadoras mais controvertidas é a possibilidade de o juiz modificar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, visando “*conferir maior efetividade à tutela do direito*” (art. 139, VI). Na mesma linha, o juiz “*poderá prorrogar os prazos por até dois meses*” na seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte (art. 220).

Ao lado desse maior poder diretivo concedido ao juiz, o legislador também se ocupou de relativizar eventuais irregularidades, e até nulidades, conferindo oportunidades de regularização e saneamento de tais aspectos, afastando a possibilidade de extinção do feito por tais aspectos.

Destarte, se o réu alegar as chamadas preliminares processuais, tratadas no CPC de 1973 no artigo 301 e no NCPC no artigo 334, ou seja, causas prejudiciais ao desenvolvimento e manutenção do feito “*o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de quinze dias, permitindo-lhe a produção de prova*” e, mesmo se o juiz reconhecer a existência de “*irregularidades ou vícios sanáveis*”, concederá prazo de até 30 dias para sua correção (art. 349). No mesmo sentido, de aproveitamento máximo dos atos e preservação do processo, vão os artigos 315, 335, 347 e 349, todos do NCPC.

Os documentos trazidos em juízo serão aproveitados ao máximo. Se na jurisprudência do CPC de 1973 já havia a tendência a se afastar a alegação de nulidade de um documento por não estar em cópia autêntica, por exemplo, agora o NCPC expressamente dispõe que o juiz “*apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento*” (art. 423).

Agora, pelo teor das novas disposições, as partes poderão, em se tratando de direitos disponíveis, “*estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*” (art. 189, *caput*).

No sentido acima, ainda poderão as mesmas partes “*fixar calendário para a prática dos atos processuais*” (art. 189, § 1º), esse calendário “*vincula as partes e o juiz*” (art. 189, § 2º) e, para os atos constantes em tal cronograma, haverá “*dispensa de intimação das partes*” (art. 189, § 3º).

Ao se direcionar para o capítulo específico das provas (XII), o antes exposto apenas se confirma, ou seja, há uma busca no NCPC pelo afastamento de medidas meramente formais e a simplificação e sincretização de procedimentos. Os artigos 369 e 371 parecem ser uma boa ilustração de tal afirmação. Vejamos:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

O artigo 369 adotou uma redação mais ampla e livre, admitindo meios de prova “*não especificados neste Código*”, desde que “*moralmente legítimos*”. O artigo 371 afasta uma formalidade conceitual até então existente quanto a quem teria produzido a prova, para então se projetar o julgador sobre a avaliação dessa prova. Agora expressamente diz a lei ser tal aspecto desimportante. A prova pertence ao processo, à instrução processual, e não à parte²³.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

23. A rigor, a doutrina clássica já referenciava tal aspecto. Buzaid, op. cit., p. 19, afirma: “*o que interessa é somente o demonstrado, não quem o demonstrou*”.

- I recair sobre direito indisponível da parte;
- II tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

O artigo 372 sacramenta a chamada “prova emprestada”, de larga utilização por tratamento doutrinário e jurisprudencial, mas sem previsão expressa no CPC de 1973. O artigo 373 traz interessante modificação quanto ao ônus probatório, preservando, numa abordagem inicial a formula clássica já tratada pela antiga lei processual, tanto para autor quanto para réu, mas inserindo novos conceitos daí em diante.

O § 1º do artigo 373 possibilita inversão do ônus probatório pelo juiz diante das “*peculiaridades da causa*” ou, mais adiante, “à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

A ideia já se encontra prevista no Código de Defesa do Consumidor, contudo, é preciso ponderar haver lá, diferente daqui, uma parte claramente mais “forte”, no caso o fornecedor perante o consumidor. Assim, é louvável a pretensão do legislador, mas, mesmo com a ressalva do § 2º, a dinâmica de aplicação do referido instituto requererá bastante cautela por parte do julgador.

O § 3º traz a prerrogativa de distribuição do ônus probatório de modo diverso ao disposto nos incisos I e II do artigo 373 “*por convenção das partes*”. É uma clara novidade no universo processual brasileiro. A questão é: haverá suporte mental e cultural dos artífices do direito, especialmente dos advogados das partes diretamente envolvidas, para articular essa faculdade? Só o tempo e a aplicação concreta da previsão legal poderão responder. O artigo 375 diz respeito diretamente ao tema desse nosso estudo, nomeadamente a questão dos indícios e das presunções. Segue:

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

A locução segundo a qual o juiz “*aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*” é justamente a positivação das presunções *ad hominem* ao processo civil, como antes estudado.

Se a aplicação de tal instituto se dava antes de modo exclusivamente doutrinário e jurisprudencial, agora passa a ser uma disposição legal, com o peso inerente a tal condição, criando não somente uma possibilidade, mas verdadeiramente um caminho a ser percorrido pelo julgador, sendo suficiente para tal constatação observar a não adoção, pelo legislador, do verbo poder, como possibilidade – e.g., “*poderá o juiz aplicar as regras de experiência comum*” – mas, impõe-se ao julgador um dever, no mínimo, sistemático (“*aplicará*”).

Veja-se a relação harmônica com o acima comentado e o teor do artigo 386 da nova lei. Agora o juiz poderá avaliar a conduta da parte que “*deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas*”, podendo fazer constar na sentença “*se houve recusa de depor*”, algo potencialmente autorizador de aplicação da pena de confesso.

Mais uma vez estamos no campo de presunções comuns, de aspectos subjetivos, mas perfeitamente identificáveis, no ofício judicante. O juiz deverá avaliar, e levar em conta, uma conduta omissiva, ou simplesmente evasiva, para fins de formar seu convencimento e mesmo aquilatar a conduta da parte.

Não fornece a lei os elementos objetivos necessários a tal avaliação – como faz, por exemplo, com a litigância de má-fé – mas antes deixa claro, segundo se depreende do texto legal, ser tal tarefa subjetivamente afeta ao julgador.

Conjugando o já afirmado neste capítulo ou tópico com o exposto anteriormente, vemos de modo claro a pretensão do legislador processual em ofertar uma sistemática mais simplificada ao processo civil como um todo, no caso presente especificamente voltada à questão probatória.

Neste ponto, incontornável se mostra abordar as críticas dirigidas ao NCPC, especialmente aquelas portadoras de profundas ressalvas direcionadas ao julgador, supostamente investido de “super-poderes” ou pelo menos de muitos poderes pela nova lei processual civil em comento. Chega-se a aventar até mesmo um estímulo ou uma tendência ao ativismo judicial como decorrência da aplicação do NCPC.

Essa tendência, nada obstante, inexistente. Não se vê nas disposições da nova lei qualquer estímulo a um ativismo judicial e nem outorga de poderes em excesso ao magistrado. Pode-se defender, com maior razoabilidade, a concessão de novas atribuições, funções e prerrogativas ao juiz, possibilitando-lhe, ainda, a assunção de um papel bem mais protagônico em cotejo com o modelo anterior. Mas daí a ver excessos e impropriedades, vai boa distância.

É preciso, no final das contas, cautela nas análises sobre a nova lei processual. Uma lei não é um documento isolado, nem em suas disposições, nem em suas concepções e menos ainda nos princípios, valores, objetivos e ideologia ali presentes. Nada disso existe isoladamente.

Hans Kelsen – e entre nós Celso Antonio Bandeira de Mello – legou uma preciosa lição a todos os cultores e estudiosos do direito, qual seja a necessidade de se enxergar um sistema jurídico-normativo²⁴ em detrimento a disposições isoladas pinçadas aqui e ali, por sua vez frequentemente interpretadas a partir de recortes ideológicos previamente formatados e frutos de pré-compreensões frequentemente idiossincráticas de seus autores.

Obviamente o NCPC está sujeito a críticas e essas devem ser formuladas especialmente na busca de uma prestação jurisdicional próxima do ideal, ou seja, com eficiência, celeridade e segurança. Isso, contudo, não pode ser confundido com uma espécie de misonéismo difuso, cujo mote é criticar o novo porque é novo. Ora se põe em relevo negativo a figura do julgador, a quem o NCPC teria supostamente conferido poderes em excesso²⁵, ora se desmerece a

24. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Lisboa: Aménio Amado, 1974, p. 36.

25. Os professores Ives Gandra e Antonio Costa Machado, elencam algumas dessas alterações que confeririam, segundo a ótica desses estudiosos, “superpoderes” aos magistrados: “1) Os juizes poderão decidir tudo em matéria probatória sem que caiba qualquer recurso. Se o juiz não admitir uma perícia, um documento ou uma testemunha que a parte reputa importante para provar o seu direito, nada poderá ser feito para mudar a decisão de imediato; 2) Os juizes poderão conceder medidas antecipatórias (verdadeiras sentenças no início do processo) com grande facilidade, apenas à vista de um bom documento apresentado pelo autor; 3) Os juizes poderão determinar a constrição de bens, móveis ou imóveis, inclusive contas bancárias e aplicações do réu, sem critérios estabelecidos precisamente pela lei (medidas como arresto, sequestro, busca e apreensão, arrolamento serão concedidas e executadas com enorme agilidade, segundo a vontade do magistrado); 4) Os juizes poderão proferir suas sentenças (as decisões finais das causas) observando princípios abstratíssimos, como “dignidade da pessoa humana”, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, o que vai facilitar enormemente o subjetivismo judicial e a descon sideração de normas legais de todo tipo e de contratos, abalando os alicerces da segurança jurídica; 5) As sentenças serão executadas imediatamente, sem a necessidade de confirmação por um tribunal, o que significará, a um só tempo, a eliminação do direito de cada um de nós a uma segunda opinião (de um colegiado composto por magistrados mais experientes) e a diminuição considerável da possibilidade de concerto de decisões injustas”. GANDRA, Ives; COSTA MACHADO, Antônio Carlos. **Novo CPC retira direitos de advogados e partes**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>, acesso em 11 de dezembro de 2018. Há também autores caminhando em sentido oposto, afastando ponto críticos de qualquer modo, resultando numa visão por vezes idealizada em demasia: “primeiro não há que se falar em discricionariedade dos atos do juiz, eis que sempre estarão vinculados aos preceitos normativos. Segundo porque a variação procedimental é sempre em favor do jurisdicionado e não do magistrado. Terceiro porque qualquer adaptação dos preceitos legais requer o necessário diálogo e cooperação das partes. Quarto porque quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais sujeito a responsabilização pelos seus atos ele estará, (...) e sempre será possível o controle judicial – e às vezes até mesmo administrativo – das posturas abusivas do juiz. E

figura do advogado, alegadamente titular de benesses extravagantes na nova lei processual civil²⁶.

Neste meio tempo, ou seja, de 1973 para os tempos atuais, houve sensível mudança na jurisprudência nacional, entrou em vigor uma nova Constituição e também um novo Código Civil – cujo diálogo com a lei processual civil é bastante evidente – fundado em *cláusulas abertas* e, por exemplo, com ecos constitucionais no tocante à *função social da propriedade* e na preservação “*da flora, da fauna, das belezas naturais e do equilíbrio ecológico*” ali existentes (art. 1228, § 1º, Código Civil).

Pode-se, e se deve, discutir se é ou não apropriado, ilustrativamente, a uma lei processual trazer em seu bojo disposições como a contida logo no artigo 1º (primeiro) relativamente à aplicação das normas fundamentais da CF no processo civil²⁷ ou, ainda mais subjetivo, ponderar se o contido no artigo 8º (oitavo) do mesmo *codex* é pertinente, envolvendo conceitos como fins sociais e dignidade da pessoa humana como atributos a serem contemplados nas decisões judiciais²⁸.

Repita-se: é dever de toda comunidade jurídica debater, criticar e principalmente propor eventuais mudanças. Reveste-se de uma quase inviabilidade, por outro lado, imaginar a entrada em vigor de uma nova lei processual estruturada para atender um processo judicial não mais desejado ou já superado conceitualmente.

quinto, porque a rigidez processual não é garantia de passividade do juiz, podendo, por vezes, representar um efetivo descompromisso com as finalidades do processo e com os objetos das partes”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes do juiz no novo CPC**. Revista de Processo, vol. 208, Jun/2012, p. 279.

26. Roberto Wanderley Nogueira, juiz federal em Recife, sugere que o novo código de processo civil deva “*ser vetado por inteiro*” pela Presidência da República. O magistrado em destaque afirma tratar-se o NCPC “*de uma lei corporativa, cujo espírito é facilitar a vida da atividade advocatícia, sob o pretexto de vencer a morosidade inventada ou o retrabalho, sendo certo que deveria se tratar de um diploma para a cidadania, para a Nação, e não para segmentos dela*” e mais adianta, sentença: “*o novo CPC, penso eu, é um completo disparate!*”. Por fim, referido autor afirma o seguinte: “*com efeito, ganharão as editoras e os escrevinhadores repetitivos, como sempre. Sobre isso, não há mais o que escrever originalmente em matéria de processo civil no Brasil. Salvo as honrosas exceções - a exemplo da genialidade de Ovídio Batista -, tudo acaba sendo repetição, a despeito das linguagens empregadas nos compêndios, manuais e livros de “autoajuda” para concursos públicos que enchem, todavia, as Universidades do lixo que eles contêm e na forma de sistematização desses manuais, no palavreado sinonímico com que se postam as editoras a vender aquilo que o mercado exige*”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/roberto-nogueira-velho-cpc-vetado-inteiro>, acesso em 9 de março de 2019.

27 “*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil*”.

28 “*ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”.

Desprovido de razoabilidade, assim, pretender o amoldamento do NCPC a um modelo de processo concebido como não mais adequado ou desejado. O CPC de 1973 cumpriu sua função. As inúmeras modificações aplicadas sobre dita lei ao longo do tempo, contudo, já deveriam servir de argumento suficiente para se concluir pelo esgotamento do modelo ali proposto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho presente já foi estruturado de modo a trazer em seu bojo as conclusões cabíveis ou pertinentes. De modo destacado, insere-se aqui apenas três tópicos conclusivos:

A. O CPC 2015 propõe um processo judicial diferente do existente no CPC 1973 e, como diz o dito popular, “*não se constrói um novo firmamento com estrelas cadentes*”. Pode ser isso uma platitude, uma constatação tautológica, até mesmo acaciana, mas o óbvio, por vezes, precisa ser dito para ser lembrado.

O Novo Código de Processo Civil, à evidência, é resultado da conjugação dos elementos acima e veio atender os anseios de “*um novo corpo com uma nova alma: uma alma de busca de resultados concretos para a efetividade do processo*”²⁹. Se isso foi de fato alcançado, não se sabe ainda, até porque a lei ora comentada não está ainda vigente, mas esse é o mote e o tom dessa nova norma processual.

B. Inegavelmente o NCPC traz uma nova formulação teórica sobre a figura do juiz. Como já dissemos neste estudo, o julgador está sendo chamado, pela nova lei processual civil, a assumir um papel mais protagônico no processo e mesmo na sociedade.

Contudo, se o juiz está sendo chamado a cumprir novas funções na sociedade, tratando de, em seu mister, por exemplo, concretizar eventualmente políticas públicas pendentes de tal concretização e, no caso específico do processo civil, agindo com mais liberdade e desenvoltura, esse julgador deve ser prudente, aceitando ser o comedimento no exercício de sua função algo meritório e não depreciativo, além de ser manifestação de exercício

29. PASSONI, Marcos Paulo; SILVEIRA, Fábio Guedes Garcia da. **Breve Abordagem sobre alguns princípios constantes no Projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 211, p. 239. Interessante notar que na exposição de motivos do CPC de 1939, o ministro de Vargas responsável pelo texto legal em questão, professor Francisco Campos, já então afirmava ser o processo tradicional um “*instrumento de dominação política (...) formalista e bizantino, tendo sido apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo demorado nos seus desenlaces*”. CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos**. In “Código de processo civil”, 1939, p. 2.

equilibrado do poder estatal vinculado à sua função.

Com efeito, especificamente sobre o ponto logo acima articulado, Luis Roberto Barroso lembra a importância do julgador “*ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, [algo que] antes eleva do que diminui*³⁰”.

Frise-se, ainda mais, ser plenamente possível se construir de modo razoavelmente objetivo conceitos de aplicação prática cujo objeto são princípios tidos e havidos como altamente subjetivos. Assim não fosse, a dignidade da pessoa humana, como princípio, seria de aplicação inviável dada sua alta subjetividade e transcendentalidade.

Um princípio já tão caro ao processo moderno, como é o da duração razoável do processo – para usarmos um exemplo marcante e relevante – pode muito bem ser conceituado ou decodificado pelas inflexões doutrinárias e jurisprudenciais futuramente, conquanto atualmente isso ocorra, mas de modo ainda pontual³¹.

Na mesma linha, as presunções comuns, os indícios e as percepções subministradas pela experiência comum, podem influenciar positivamente o julgador, sem que isso, necessária e previamente, seja tomado por descabido ou excessivo.

É preciso, ainda mais, ver a prestação jurisdicional em sua real dimensão: uma atividade humana, desenvolvida por humanos, voltada para questões humanas. Essa platitude se mostra útil para se afastar visões céticas defensoras de expectativas rigorosamente excessivas com relação ao ofício judicante, atividade, desse modo, que jamais “*terá por objeto uma correção absoluta e comprovada, mas apenas uma ‘justificada’, que pretende convencer mais do que as opiniões alternativas*”³².

30. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

31. A doutrina é variada no trato do tema. Claudio Cintra Zarif diz que “*não é possível determinar a razoabilidade até se conhecer o caso concreto*”, mas, logo adiante, afirma ser possível “*saber o que não é razoável, como levar mais de 30 anos para o julgamento de um caso*”. **Da necessidade de se repensar o processo para que ele seja realmente efetivo.** In “Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira”. Luiz Fux et alii (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 142. Já em 1984, o professor José Carlos Barbosa Moreira defendia que o resultado do processo “*há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus*” e, mais à frente, advoga que se possa “*atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias*”. **Notas sobre o problema da efetividade do processo.** São Paulo: Saraiva, 1984, p. 28.

32. GARRN, apud KRELL, op. cit., p. 314.

C. Advogados também estão sendo chamados a atuar num ambiente processual diverso daquele construído pelo CPC de 1973. Destarte, se aos juízes se roga um voto de confiança e ao mesmo tempo se espera cautela e comedimento no exercício de suas funções, aos advogados se propõe empenho, boa vontade e envolvimento na construção de um novo modelo processual.

Efetivamente experimentamos uma fase de transição e de mudança para um novo paradigma. Busca-se, e só o tempo dirá se essa pretensão foi bem-sucedida, “*afastar o isolamento dos juristas do mundo social, do mundo da vida*”, como registra Cristiano Becker Isaia³³, tornando-o, senão protagonista, ao menos partícipe ativo das questões a ele inerentes ou ao menos circundantes³⁴.

Essa visão já existia relativamente ao direito material e agora chegou ou alcançou o direito processual³⁵. Neste ponto específico, portanto, o NCPC está apenas espelhando ou ecoando um ambiente jurídico-normativo-doutrinário muito mais amplo e com existência já em curso.

As críticas devem surgir, algo a sinalizar vitalidade. O risco, em verdade, seria eventual apatia, esta sim a pior hipótese possível, mas não parece ser o caso haja vista as polêmicas incidentes em torno do NCPC.

Tais críticas e polêmicas certamente servirão para aprimorar e lapidar uma obra que, sendo humana e de certo modo inacabada, só pode mesmo se sujeitar aos burilamentos permanentes resultantes da conjunção entre sua aplicação e as reflexões daí advindas.

33. “*A sobreposição da razão como meio de acesso às verdades absolutas – ideário iluminista – influenciou invariável e diretamente tanto o direito, quanto o processo civil, de modo a confinar juristas a um mundo jurídico totalmente desvinculado do mundo da vida, do mundo social*”. ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29.

34. Nesta nova concepção do processo, o juiz joga papel fundamental. Conhecido estudioso do Poder Judiciário indica ser “*preciso pensar num projeto de uma nova estrutura de composição e resolução dos conflitos. Precisamos abolir a expressão ‘Estado-Juiz’, visualizando o juiz como representante da sociedade e não simplesmente do Estado. Precisamos substituir a ideia de contraditório pela ideia de participação das partes, trazer para o processo um juiz mais humano, um juiz que olhe no olho das partes, que se sente à mesa e busque resolver os conflitos de forma mais aberta e humana*”. CALMON, Petrônio. **Poder Judiciário e Constituição Federal**. Anotação de palestra proferida no Congresso da Associação Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: ABDCONST, 2008.

35. “*Não se torna mais possível pensar no processo civil em perspectiva dogmática e técnica, eis que, além de permitir a resolução de conflitos privados, ele se presta a viabilizar o exercício de direitos fundamentais. Ademais, não se pode mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o ‘modelo constitucional de processo’ e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há que se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas*”. NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil**. Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 37.

6. REFERÊNCIAS

- **ARENHART**, Sérgio Cruz. **O indício e a prova no direito processual**. In *“Processo civil: aspectos relevantes”*. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (Coord.). São Paulo: Método, 2006.
- **BARROSO**. Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.
- **BUZAID**, Alfredo. **Do ônus da prova**. in *“Revista dos Tribunais”*, São Paulo: 1974.
- **CABRAL**, Trícia Navarro Xavier. **Poderes do juiz no novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo, Vol. 208, Jun/2012.
- **CALAMANDREI**, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- **CALMON**, Petrônio. **Poder Judiciário e Constituição Federal**. Anotação de palestra proferida no Congresso da Associação Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: ABDCONST, 2008.
- **CAMPOS**, Francisco. **Exposição de Motivos**. In *“Código de processo civil”*, 1939.
- **CARPES**, Artur Thompson. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2008.
- **FRAGOSO**, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, 1985.
- **GANDRA**, Ives; **COSTA MACHADO**, Antônio Carlos. **Novo CPC retira direitos de advogados e partes**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>. Acesso em 11 de dezembro de 2018.

- **ISAIA**, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010.
- **KELSEN**, Hans. **Teoria pura do direito**. Lisboa: Aménio Amado, 1974.
- **KRELL**, Andreas Joachin. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica**. Revista de Direito da GV, n° 19, jan-jun, 2014.
- **LIEBMAN**, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- **LOURENÇO**, Haroldo. **O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC**. Revista Temas Atuais de Processo Civil, Vol. 2, Fev/2012.
- **MENEZES CORDEIRO**, Antonio. **Introdução à edição portuguesa à obra de Claus Wilhelm Canaris (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito)**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- **MINHOTO**, Antonio Celso Baeta. **Teoria Geral de Direito Público**. 3ª Edição. São Paulo: Arte e Ciência, 2014.
- **MOREIRA**, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- **NEDER**, Marcos Vinicius e LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. São Paulo: Dialética, 2002.
- **NOGUEIRA**, Roberto Wanderley. **Novo CPC deve ser vetado por inteiro**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/roberto-nogueira-velho-cpc-vetado-inteiro>. acesso em 9 de março de 2019.
- **NUNES**, Dierle. **Curso de direito processual civil**. Belo Horizonte: Forum, 2003.

- **OLIVEIRA**, Carlos Alberto Alvaro de. **Presunções e ficções no direito probatório**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS). Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. V. 33, nº 70, p. 79–86, jul./dez., 2012.
- **PASSONI**, Marcos Paulo; **SILVEIRA**, Fábio Guedes Garcia da. **Breve Abordagem sobre alguns princípios constantes no Projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, Vol. 211.
- **PERELMAN**, Chaïm; **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. **Tratado da argumentação – a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- **THEDORO JUNIOR**, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- **ZARIF**, Claudio Cintra. **Da necessidade de se repensar o processo para que ele seja realmente efetivo**. In *“Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira”*. Luiz Fux et alii (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPÍTULO XI

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA DURACIÓN RAZONADA DEL PROCESO JUDICIAL EN COLOMBIA – ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

*Jorge Ivan GUERRA FUENTES**

1. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos remotos, la humanidad ha vivido en constantes conflictos y choques de intereses, hasta se podría decir que es una de las cosas que nos caracteriza como personas desde lo individual, familiar y social, pero a diferencia de las otras especies, hemos creado procesos basados en lo jurídico, con el fin de obtener soluciones que permitan mantener la armonía en todos los aspectos. Método que ha funcionado muy bien, pues día a día se busca que las normas procesales estén más ajustadas a los parámetros sociales, pero sobre todo, que brinden soluciones justas, eficaces y oportunas.

Dicho lo anterior, es fácil determinar que el avance social entonces, no parte únicamente de la implementación de procesos legales, que brinden una seguridad jurídica al momento de impartir justicia, sino también de la resolución efectiva y rápida de cada proceso judicial que invite a evitar la mora judicial, y que al momento de llegar la tan anhelada sentencia, no sea demasiado tarde para quien clama por justicia. Por ello, los procesos jurídicos deben brindar al ciudadano vestido de usuario del sistema, una certeza real del tiempo en que obtendrá resolución de su caso, ya sea a favor o en contra.

* Abogado de la Universidad Popular del Cesar, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la Universidad de Pisa Italia, Litigante, Conciliador en Derecho, Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Presidente del Colegio de Juristas del Cesar, Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano, Conferencista y Creador del Canal en YouTube El Abogado. jorgegfasesorjuridico@hotmail.com.

Por tal razón, merece total atención y un estudio académico, la constitucionalización del derecho de la duración razonada del proceso judicial en Colombia, con acento legal en el polémico artículo 121 del Código General del Proceso¹.

En primer lugar abordaremos el tema desde su concepto, pasando por las razones por la que se da la mora judicial, también, analizaremos la postura de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia al respecto de la duración razonada del proceso, para finalizar planteando soluciones prácticas al tema.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA DURACIÓN RAZONADA

Buscando comprender de mejor manera a que nos referiremos en lo sucesivo, partamos por marcar un punto de partida importante sobre la constitucionalización del derecho. Según el profesor Riccardo Guastini, “por constitucionalización del ordenamiento jurídico podemos entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales²”

1. Código General del Proceso - Artículo 121. Duración del proceso. Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6), contados a partir de la recepción del expediente en la secretaria del juzgado.

Vencido el respectivo termino previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por razones de congestión, podrá previamente indicar a los jueces de determinados municipios o circuitos judiciales que la remisión de expedientes deba efectuarse al propio Consejo Superior de la Judicatura, o a un juez determinado. Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará al juez que designe la sala de gobierno del tribunal superior respectivo.

Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso. Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia. Para la observancia de los términos señalados en el presente artículo, el juez o magistrado ejercerá los poderes de ordenación e instrucción, disciplinarios y correccionales establecidos en la ley. El vencimiento de los términos a que se refiere este artículo, deberá ser tenido en cuenta como criterio obligatorio de calificación de desempeño de los distintos funcionarios judiciales.

2. Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-034 de 2006 con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra y salvamento de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. “En lo fundamental se sigue a Guastini Ricardo

Tesis que es tomada por la Corte Constitucional Colombiana, a través de la Sentencia 034 de 2006 (de hecho Guastini, es citado en dicha sentencia) donde manifiesta que el moderno proceso de constitucionalización implica una Constitución rígida. La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de constitucionalización de todo el ordenamiento.³

En ese sentido, hablando puntualmente de la constitucionalización del derecho a la duración razonada del proceso, debe el artículo 121 del Código General del Proceso, estar en completa armonía con lo manifestado por el artículo 29 de la Constitución Nacional, precisamente en lo referente a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas⁴

Al respecto de lo esbozado, la Corte Constitucional ha indicado que el derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, como con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso⁵, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva encuentra su fundamento constitucional en los artículos 29 y 229⁶ de nuestra carta política.

citado por Miguel Carbonell en contenido de la reforma constitucional: Alcances y Límites, instituto de investigaciones jurídicas- UNAM, México, 16-6-2005. Págs. 9 a 12.”

3. Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-034 de 2006 con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra y salvamento de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

4. Constitución Nacional – Artículo 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.

5. Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-279 de 2013 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6. Constitución Nacional - Artículo 229: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Por ende, se habla de constitucionalización del derecho a la duración razonable de los procesos judiciales en Colombia, por cuanto todas las personas que acuden al aparato jurisdiccional del Estado, deben tener la certeza del tiempo máximo razonable de duración del estudio de su caso, certidumbre que busca materializar el derecho de la tutela judicial efectiva y con ello, la armonía del ordenamiento privado con el ordenamiento superior Constitucional.

2.1. ¿Dónde radica la problemática de la duración razonada del proceso?

Antes de vislumbrar la problemática planteada, empecemos por marcar un punto de arranque ¿Qué es la mora judicial? Tan de nosotros como el minuto de Dios, la Corte Constitucional la definió como un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia, y que se presenta como resultado de acumulaciones procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos.

Tal fenómeno, contrario a los derechos fundamentales y debido proceso, se evidencia cuando: (i) se presenta incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial; (ii) no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo; y (iii) la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de funciones por parte de una autoridad judicial⁷. Aspectos que, desde la óptica del litigio, me permitiré desarrollar.

2.2. Incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se encendió una luz de esperanza para los usuarios de la administración de justicia, pues a diferencia del Código de Procedimiento Civil, dejó consignado en su artículo 121 una garantía del plazo razonable para adelantar etapas y proferir decisiones en los trámites judiciales, en otras palabras, estipuló para los jueces, términos legales para la resolución de los procesos, tanto en primera como en segunda instancia, siendo de un año, y seis meses respectivamente; el legislador incluso, quiso ir más allá, imponiendo como consecuencia de su inaplicabilidad, la pérdida automática de la competencia en aquellos procesos en donde se dé el incumplimiento del término legal. Sin embargo, esto no ha sido más que pañitos de agua tibia, entendiéndose que no ha pasado de ser mera letra, de poca aplicabilidad práctica.

7. Ver Sentencia de la Corte Constitucional T-186 de 2017 con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa.

Lo antepuesto encuentra fundamento práctico, toda vez que, si analizamos los procesos judiciales en primera o única instancia en algunas ciudades del país, sobrepasan del año sin llegar siquiera a sentencia; y ni que decir de la segunda instancia, donde el panorama es más aterrador aún, por tanto, encontramos procesos judiciales de resolución mínima de veinte meses y otros llegando a alcanzar hasta los tres años, cuando por mandato legal el tiempo de respuesta de la impugnación no puede exceder los seis meses. Lo curioso de todo esto es, que muchas veces no aplica la pérdida automática de la competencia pues, estos despachos judiciales se amparan en la congestión judicial existente.

Amén de lo expresado, traemos como referencia el reporte solicitado y posteriormente brindado por el Consejo Seccional de la Judicatura del Cesar, que comprende la información desde enero a junio de 2019, de los despachos judiciales en el departamento y el número de procesos en donde, de manera autónoma, los mismos han decidido decretar la pérdida de la competencia por incumplimiento de los términos establecidos por artículo 121 del Código General del Proceso.

DESPACHOS	NÚMERO DE PROCESOS
Despacho del Magistrado Sala Civil, Familia, Laboral Tribunal Superior.	6
Juzgado 1 Promiscuo Municipal de Aguachica	2
Juzgado 2 Promiscuo Municipal de Aguachica	2
Juzgado 3 del Circuito de Valledupar	58
Juzgado 4 Civil del Circuito de Valledupar	2
Juzgado 2 de Familia de Valledupar	1
Juzgado Promiscuo Municipal de la Paz	3
Juzgado 1 Promiscuo Municipal de Aguachica	5
Juzgado 2 Promiscuo Municipal de Aguachica	1
TOTAL:	80

El cuadro en cuanto a los despachos judiciales que han decidido de manera autónoma darle aplicabilidad al término de duración de los procesos en ambas instancias. Pero los demás, materializando el principio de la autonomía judicial y siendo entendidos de la congestión del país, deciden a pesar del vencimiento de los tiempos establecidos, seguir conociendo de los asuntos, esto, ni siquiera haciendo uso de la prórroga de que trata la misma normatividad, por cuanto consideran, que al estar todos los despachos congestionados, la puesta en práctica de la pérdida autónoma de la competencia, redundará en el acrecentamiento de la mora judicial.

En ese sentido, mientras la mora judicial continúe, al juez no se le podrá exigir vía normativa prontitud en su actuar, no existiendo entonces en el país, una eficiente y expedita administración de justicia. Lo que se traduce en constante y creciente violación directa a la tutela judicial efectiva.

2.3. La congestión judicial o el volumen de trabajo

Para entender de mejor manera la mora judicial, pensemos en la analogía de estar enfrente de una moneda cuyas caras la integran los jueces y magistrados como administradores de justicia y los abogados litigantes como coadministradores.

Refiriéndonos a la primera cara de esa moneda, una realidad que no se puede desconocer en los despachos judiciales de Colombia, es la sobrecarga de procesos que tienen la mayoría de los juzgados y que evidencian un problema administrativo emanado desde el Consejo Superior de la Judicatura y sus seccionales, pues existen juzgados que fueron pensados, creados y dotados para conocer de cierto número de procesos, pero en realidad terminan por conocer más del doble de ellos, incluso el número de empleados con los que cuenta cada despacho es irrisorio ante la congestión, ponemos como ejemplo el juzgado primero de pequeñas causas y competencias múltiples de la ciudad de Valledupar, donde en la actualidad formalmente fue diseñado para conocer 1.200 procesos judiciales, pero en la realidad estudia 3.500 por año, cantidad que debe ser sorteada entre cuatro personas, que son: el juez, el secretario, el sustanciador y el escribiente. Es fácil entender entonces, el porqué de la congestión judicial del país, si la mayoría de los despachos judiciales hace rato que colapsaron.

Ello, da a entender que el Consejo Superior de la Judicatura también es precursor de la mora judicial del país, esto, por cuanto el sistema oral y por audiencias implementado para Colombia, precisamente para agilizar el estudio de los asuntos judiciales y evitar la sobrecarga de procesos, necesita una inversión en infraestructura pero sobre todo en la creación de nuevos juzgados y la contratación de más personal para que tenga éxito, es decir es un problema de tinte administrativo.

2.4. Jueces morosos

Ahora miremos la otra cara de la moneda. Como todos sabrán, los procesos judiciales están diseñados por etapas procesales, según el maestro Hernán Fabio López Blanco, es el proceso una relación jurídica que busca, mediante una serie de actos preordenados por el legislador, resolver las peticiones (pretensiones o excepciones), que en ejercicio del derecho de acción someten los sujetos de derecho autorizados para intervenir dentro del mismo

(partes, otras partes y terceros), a la consideración del aparato jurisdiccional del Estado⁸ etapas que van desde la presentación de la demanda hasta la sentencia en firme, dependiendo de las instancias.

Amén de lo anterior, son las partes las obligadas a cumplir a cabalidad con las cargas y los impulsos procesales, tales como: la notificación a la parte demandada, la contestación de la demanda, el traslado de la contestación, los recursos de ley etc. actos puntuales dentro del proceso que cuentan con términos específicos para cada uno de ellos, so pena de sufrir las consecuencias, propias de cada circunstancia. Esta ritualidad busca entonces, no solo marcar un paso a paso o una guía, que evite sorpresas dentro de la contienda jurídica, sino también establecer un término de duración del proceso, pues se esperaría que al cumplir sin dilaciones cada procedimiento establecido, se tendría una resolución pronta y eficaz.

Empero, en materia procesal, ha existido en Colombia una frase conocida por todos, la cual es enseñada en las aulas de clases de las facultades de derecho y por su enérgica aplicación práctica, se reproduce con gran facilidad en el ejercicio del litigio, nos referimos a “el juez no tiene términos” expresión que a lo largo de los años ha redundado en tres, cuatro y hasta cinco años de duración de procesos judiciales, por cuanto hasta la vigencia del Código de Procedimiento Civil, no existía una disposición legal que obligara a los administradores de justicia a cumplir con un techo temporal en sus actuaciones. Y como ya explicamos, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, no se ha logrado un gran avance.

Es así como esta situación se ha visto reflejada en realidades de personas a las que les llegó primero la muerte que la resolución de su situación jurídica o aquellos asuntos que llegan a la segunda instancia a dormir un letargo.

Pero no solo estas dos situaciones se presentan día con día, solo se traen a colación cual botones de muestra, puesto que la lista sería enorme si seguimos enunciándolas. Lo cierto del caso es que, cuando un proceso entra al despacho (argot litigioso) dado a ese pequeño detalle del juez no tener términos y sumado a ello, la notoria congestión judicial, no se tiene certeza alguna de cuándo se resolverá el asunto o la petición elevada. Por el contrario, el abogado litigante al realizar la consulta de su petitoria, tendrá la certeza de encontrarse con una respuesta registrada, la cual es “su proceso está al despacho” respuesta insignia de la mora judicial Colombiana, que redundante en la violación de la tutela judicial efectiva.

8. LÓPEZ BLANCO Hernán, Código General del Proceso Parte General. Bogotá DUPRE Editores 2017. Pág. 328.

3. DURACIÓN RAZONADA DEL PROCESO JUDICIAL EN COLOMBIA

Para entender de mejor manera este tema, empecemos por cuestionarnos ¿Qué es aquello de duración razonada? Pues bien, cuando hablamos de duración razonada nos estamos refiriendo a ese lapso prudente, con extremos temporales definidos, que parte de un mínimo y choca con un máximo establecido, para que suceda aquello que esperamos. Un ejemplo cotidiano sería ese en el que una mujer embarazada visita a su médico con el fin último de saber en qué fecha posiblemente puede estar dando a luz a su hijo, y ante esta pregunta el galeno contesta, que solo tiene un mes de embarazo y la duración razonada de este estado es de nueve meses, pero que existe la posibilidad de que el parto se adelante o en su defecto, si cumplido este tiempo sin que dé a luz, se deba practicarle una cesárea. Esta respuesta brinda a esa mujer una certeza, de que sea cual sea las circunstancias, su embarazo no se prolongará más de nueve meses, que puede terminar antes si, pero más de ese tiempo no.

Con el ejemplo planteado se pretende señalar, que la duración razonada debe partir de una certeza y no de una incertidumbre. No se puede hablar de duración razonada sino se tiene idea cuándo ocurrirá lo esperado o lo solicitado, volviendo a nuestro ejemplo, existiría una completa incertidumbre si el embarazo no tuviera un extremo temporal. Su tiempo de duración sería algo así como al azar o aleatorio, lo que no le permitiría a los padres si quiera, prepararse para el momento de la llegada del bebé.

Lo mismo ha de ocurrir con la duración de los procesos judiciales, los usuarios de la justicia desean tener la convicción del tiempo de duración del estudio de su situación jurídica y si bien el proceso puede terminar de manera anormal por una transacción por ejemplo, se necesita tener una certeza real y de aplicación práctica, para la finalización del mismo, no como ocurre en la actualidad con el artículo 121 donde se indica un máximo de un año para dictar sentencia y muy pasado este tiempo, aun no se tiene resolución alguna, en nuestro ejemplo, es como la mujer embarazada que teniendo una certeza de duración de nueve meses de su estado, al cabo de un año este siga prolongado.

Sea preciso afirmar que, tanto los usuarios de la justicia, como los litigantes anhelan que se les ampare su derecho a la tutela judicial efectiva de manera real. Por ello, es muy recurrente en la práctica del litigio, que el cliente una vez haya contratado los servicios del abogado litigante le pregunte por la posible duración de su proceso, debiendo este último saber qué respuesta dar. En un grupo de WhatsApp compuesto por abogados litigantes se les dió traslado de la pregunta, siendo las respuestas más recurrentes: (i) recitarle a sus clientes el artículo 121 del Código General del Proceso; (ii) dan como referencia el termino de duración

del último proceso de la misma naturaleza que lideraron; y (iii) le hablan con la verdad a sus defendidos acerca de la actualidad judicial del país, manifestándoles la incertidumbre de la duración de los procesos. Respuestas que resaltan una verdad material, en la actualidad los abogados no tienen certeza alguna de la duración razonada de un proceso.

Partiendo de esta realidad, la mayoría de los litigantes encuestados ven en la vigilancia judicial, un mecanismo de protección de la tutela judicial efectiva, en aquellos asuntos en donde los operadores judiciales se muestran inactivos frente a ciertos procesos.

3.1. Artículo 121 del código general del proceso

Desde un aspecto práctico, analizaremos la duración de un proceso judicial en Colombia, partiendo del artículo 121 del Código General del Proceso.

Empecemos por resaltar que el 121 habla de un lapso de un año a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada, es decir que no se puede computar el tiempo comprendido desde la presentación de la demanda, hasta el momento exacto en que sucede la notificación esbozada, por cuanto la norma es clara que es desde este momento procesal que inicia el cómputo del término. Pero, si armonizamos este apartado con la inaplicabilidad de que trata el inciso séptimo del artículo 90 *ibidem*, el término de un año empezará a correr desde el día siguiente a la fecha de la presentación de la demanda⁹, aspecto que hace más gravosa la situación de la duración razonada de los

9. Código General del Proceso – Artículo 90: El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.

El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando este vencido el término de caducidad para instaurarla. En los primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose.

Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibles la demanda solo en los siguientes casos:

1. Cuando no reúna los requisitos formales.
2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.
3. Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.
4. Cuando el demandante sea incapaz y no actué por conducto de su representante.
5. Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.
6. Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.
7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

En estos casos el señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo. Vencido el término para subsanarla el juez decidirá si la admite o la rechaza.

Los recursos contra el auto que rechace la demanda comprenderán el que negó su admisión. La apelación se concederá en el efecto suspensivo y se resolverá de plano.

procesos determinada en un año, por cuanto la misma congestión judicial que se presenta en el país, evita en muchos casos que los despachos judiciales en treinta días hábiles, notifiquen al demandante el auto admisorio de la demanda o en su defecto el mandamiento de pago.

Ahora, si partimos del supuesto práctico de cumplir con el término establecido por el inciso séptimo del artículo 90 del Código, a juicio de litigante, esta situación debería hacer más fácil las cosas para quienes administran justicia al momento de cumplir con el término legal, por cuanto el mismo Código General del Proceso invita a los abogados a ser más proactivos en lo referente al impulso del proceso, y si analizamos las etapas procesales que le siguen a la notificación de la demanda, quienes deben soportarlas son las partes, refiriéndome en específico a: la contestación de la demanda, el traslado de la contestación a la parte demandante y fijación de audiencia. En el último caso, el juez, dependiendo del asunto en concreto puede llevar a cabo las dos, me refiero a la audiencia inicial y a la de instrucción y juzgamiento o en su defecto condensarlas en una y dictar sentencia, es decir estamos hablando de que, entre la contestación de la demanda y la audiencia de instrucción y juzgamiento pueden pasar, exagerando, siete meses. Lo que indica entonces que el término de un año para dictar sentencia en única o primera instancia, es un término de duración razonable.

Sin embargo, toda regla general tiene su excepción, existirán casos en los que se romperá con este criterio. La Corte Constitucional a través de la sentencia T-341 de 2018 hace referencia de cuatro excepciones que pueden prestarse para que la pérdida de la competencia no aplique, dependiendo de: (i) la complejidad del caso; (ii) la conducta procesal de las partes; (iii) la valoración global del procedimiento; y (iv) los intereses que se debaten en el trámite¹⁰. Situaciones que de presentarse, dejarán inoperante el término de un año para dictar sentencia en única o primera instancia.

En todo caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la presentación de la demanda, deberá notificarse al demandante o ejecutante el auto admisorio o el mandamiento de pago, según fuere el caso, o el auto que rechace la demanda. Si vencido dicho término no ha sido notificado el auto respectivo, el término señalado en el artículo 121 para efectos de la pérdida de la competencia se computará desde el día siguiente a la fecha de presentación de la demanda.

Las demandas que sean rechazadas no se tendrán en cuenta como ingresos al juzgado, ni como egresos para efectos de la calificación de desempeño del juez. Semanalmente el juez remitirá a la oficina de reparto una relación de las demandas rechazadas, para su respectiva comprensión en el reparto siguiente.

Parágrafo primero. La existencia de pacto arbitral no da lugar a inadmisión o rechazo de la demanda, pero provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa respectiva.

Parágrafo segundo. Cuando se trate de la causa prevista por el numeral 4 el juez lo remitirá al defensor de incapaces, para que le brinden la asesoría; si esta entidad comprueba que la persona no está en condiciones de sufragar un abogado, le nombrará uno de oficio.

10. Ver Sentencia de la Corte Constitucional T-341 de 2018 con ponencia de la Magistrada Carlos Bernal Pulido.

Tesis que recientemente ya fue aplicada en la práctica por la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral, con la providencia número STL3490-2019 de 13 de marzo de 2019, en donde indicó:

“De la lectura de norma en cita, se tiene que el legislador impuso al operador judicial un término perentorio para la resolución de los casos puestos a su consideración so pena de la pérdida de competencia de aquel sobre el asunto, así como la nulificación de las actuaciones que se dicten con posterioridad a ese lapso; no obstante, advierte esta Sala que para acceder a dicha declaratoria no basta el cumplimiento de dicho plazo, pues también se hace necesaria la verificación de otros factores razonables que permitan verificar, por qué el fallador incumplió el término en mención.

(...) se advierte que el juzgado de conocimiento no se ha mostrado inactivo en el trámite del expediente y contrario sensu, ha actuado conforme le ordena la ley, en el sentido de dar impulso a todas las solicitudes presentadas por las partes, en especial, las de quien en esta ocasión actúa como proponente, ya que en el transcurso del proceso ha interpuesto múltiples recursos que denotan un uso desmedido y arbitrario de los medios de defensa judicial, los cuales han incidido en gran medida para que se postergue el término de duración del litigio.

De lo dicho en precedencia, es pertinente traer a colación lo indicado en sentencia CC T-341-2018, mediante la cual, la Corte Constitucional indicó:

(...) la actuación extemporánea del funcionario judicial no podrá ser convalidada, cuando en el caso en concreto se verifique la concurrencia de los siguientes presupuestos:

(...)

(iv) Que la conducta de las partes no evidencie un uso desmedido, abusivo o dilatorio de los medios de defensa judicial durante el trámite de la instancia correspondiente, que hayan incidido en el término de duración del proceso. (...)”¹¹

Lo sucedido le da gran valor a la también conocida frase propia de nuestra profesión “en derecho todo depende” es decir, partiendo de la citada sentencia de la Honorable Corte Constitucional, la pérdida o no de la competencia por haberse cumplido el año sin que el asunto tenga sentencia, dependerá de si se configura o no alguna de las cuatro excepciones planteadas por la máxima autoridad Constitucional.

11. Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Expediente No. STL3490-2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sin embargo, estas situaciones se presentan en la práctica como excepciones, por ende no se puede pretender desconocer el plazo razonable legal para dictar sentencia en única o segunda instancia.

En lo que respecta a la segunda instancia, sea pertinente afirmar que estas excepciones, dado al diseño de etapas que la conforman, no pueden tener lugar, siendo entonces un término planamente objetivo, por ende, se debe respetar el término de seis meses contados a partir de la recepción del expediente en la secretaria del juzgado o tribunal. Situación en la cual, el Consejo Superior de la Judicatura debe tomar cartas en el asunto, pues vemos como en la práctica, el tiempo real de una segunda instancia es de mínimo veinte meses, llegando a un extremo de tres años.

Al respecto, de no tener una justificación válida, debe dársele aplicabilidad al mecanismo punitivo consistente en la pérdida automática de la competencia para seguir conociendo del proceso, propuesto por el legislador en el artículo objeto de estudio.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, sea importante indicar que la duración razonada del proceso, por concepto de la constitucionalización del derecho, debe tener una armonía real con respecto a la tutela judicial efectiva, por cuanto los usuarios de la justicia, no solo tienen el derecho a saber con certeza el tiempo máximo efectivo de duración del estudio de sus asuntos, sino también a que este sea aplicable en la práctica.

Esto nos indica entonces, la existencia de dos caminos a seguir, o adaptamos lo formal a la realidad es decir, o el Consejo Superior de la Judicatura toma cartas en el asunto e invierte en la creación de nuevos juzgados y en la contratación de nuevo personal en los ya existentes, según las necesidades judiciales de cada ciudad, para de esta manera darle aplicabilidad real al artículo 121 del Código General del Proceso, o nos decretamos oficialmente vencidos por la congestión judicial y en su defecto, acomodamos la realidad a lo formal, modificando los tiempos de duración del proceso consagrados en el apartado legal, pasando por ejemplo, de uno a dos años para la única y la primera instancia, y de seis meses a tres años para la segunda. De esta manera, aunque habría fraternidad entre la ley y la realidad judicial, no se estaría respetando la constitucionalización del derecho a la duración razonada del proceso, por cuanto, prácticamente sería la Constitución buscando estar en armonía con la ley y no lo contrario como debe ser.

En ese orden de ideas, reitero que el termino indicado de un año para los procesos de única o primera instancia, es más que suficiente para lograr una sentencia, y el termino de seis meses dispuestos para la segunda instancia es el ideal para para resolver un fallo apelado.

Ahora, es necesario que los operadores judiciales se comprometan con la justicia de este país, para así evitar que la mora judicial se siga acrecentando, debiendo entonces despojarse de ese pensamiento arraigado de que los jueces no tienen términos y por el contrario apropiarse del término de duración del proceso estipulado, salvo en los casos reales que se puedan presentar de los determinados por la Corte Constitucional, de lo contrario, deberán sin vacilaciones, tratar por todos los medios posibles, cumplir con el termino indicado en el código y si alguno considera que un año no le alcanzará, por situaciones propias de cada asunto, deberá hacer uso de la prórroga de los seis meses de que trata el mismo artículo.

Empero, no pueden los jueces que se muestren inactivos ante ciertos asuntos judiciales, tratar de engañar a quienes le reclaman prontitud, tratando de excusarse con alguna de las excepciones planteadas por la máxima autoridad judicial Constitucional, pues estas son taxativas. Debiendo el Consejo Superior de la Judicatura vigilar y de ser necesario, interceder ante este tipo de actuaciones.

Por su parte, los abogados litigantes deben como coadministradores de justicia, adoptar actuaciones procesales que conlleven al cumplimiento del termino de duración del proceso, igual, quienes más interesados en que se resuelvan los asuntos judiciales de manera expedita que quienes los promueven. Así mismo, cuando avizoren que ciertos jueces, no actúan con efectividad judicial y que sus asuntos pueden verse demorados por la pérdida de la competencia de ese despacho judicial, deben ejercer acciones en pro de evitar que eso suceda. No olvidemos que se puede acudir ante el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus seccionales, en busca de una vigilancia judicial, procedimiento idóneo que busca garantizar la tutela judicial efectiva.

Debo indicar que no estoy de acuerdo con el profesor Rafael Gamboa, cuando de manera conclusiva manifiesta que, en Colombia, los procesos de cualquier naturaleza deben estar resueltos en un término máximo de tres años¹² por cuanto sería desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo un tiempo exagerado para encontrar una solución jurídica, dejando a la justicia por propia mano como el camino a seguir.

12. GAMBOA SERRANO Rafael, *la Duración Razonada del Proceso Artículo 121 del Código General del Proceso*, Memorias del XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2017, Pág. 820.

Por ultimo indicar que, los administrados necesitan tener la certeza de duración real de un proceso, por tal razón comulgo con el termino razonable estipulado en el artículo 121 del código, por ende mi posición es que los procesos de única o primera instancia no pueden pasar de doce meses y aquellos de doble instancia, cuando se presenten apelaciones, no pueden superar el termino de dieciocho meses.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA.
- LEY 1564 DE 2012 - CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.
- Corte Constitucional de Colombia. 2006. Sentencia de Constitucionalidad número 034. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Con salvamento de voto del M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá. D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. 2013. Sentencia de Constitucionalidad número 279. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá. D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. 2017. Sentencia de Constitucionalidad número 186. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá. D.C.
- LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Dupre Editores, Bogotá, 2017, Pág. 328.
- Corte Constitucional de Colombia. 2018. Sentencia de Constitucionalidad número 341. M.P. Carlos Bernal Pulido. Bogotá. D.C.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Expediente Número STL3490-2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá. D.C.
- GAMBOA SERRANO Rafael, La Duración Razonada del Proceso Artículo 121 del Código General del Proceso, Memorias del XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2017, Pág. 820

TERCERA PARTE
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y
LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO XII

EL ROL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

*Angélica María ARMENTA ARIZA**

La presente ponencia aborda de manera descriptiva la figura del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, inicialmente parte del marco conceptual de la figura, partiendo de su definición y origen, para posteriormente presentar algunas definiciones dadas por la Corte Constitucional en relación con el principio de proporcionalidad, y en un tercer momento, a la altura de la sección tres, se aborda el uso de la herramienta test o técnica de la proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana.

1. MARCO CONCEPTUAL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD: DEFINICIÓN Y ORIGEN:

Esta sección presenta de manera descriptiva algunas definiciones del test de razonabilidad o de proporcionalidad, el cual ha sido adoptado por la Corte Constitucional colombiana como parámetro o herramienta de hermenéutica constitucional para determinar la congruencia constitucional de las medidas adoptadas por el legislador, así como en los casos de revisión de la regulación de los derechos fundamentales, sea esta por acción u omisión legislativa¹ y para determinar la posible vulneración del derecho a la igualdad, precisando que el este derecho el test desarrolla una versión propia denominado *test de igualdad*. Así mismo, esta sección aborda el origen del test de razonabilidad o de proporcionalidad, tomando como

* Abogada. Magister en Derecho Administrativo (Universidad Libre), Especialista en Derecho Administrativo (Universidad del Rosario) y Especialista en Derecho Constitucional (Universidad del Rosario). Asesora jurídica y consultora en contratación estatal. Docente universitaria en la maestría en Derecho Procesal (Universidad Libre), especialización en Derecho Administrativo (Universidad Militar), pregrado de la Universidad Militar, Escuela Superior de la Administración Pública (ESAP) y de la Institución Universitaria Colegios de Colombia (Unicoc). Se ha desempeñado como conferencista en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Contratación estatal y derecho administrativo. Tradalista. angelicaarmentaariza@hotmail.com.

1. Sobre omisiones legislativas ver la sentencia C – 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica No. 3.

fundamento la comprensión moderna de la *horizontalidad entre* los derechos humanos, idea según la cual ningún derecho es más importante que otro, sino que todos los derechos humanos se encuentran en el mismo nivel o posición jerárquica entre ellos, y se admite la tesis de que no existen derechos absolutos, sino que todos los derechos son relativos, esto es que pueden ser limitados teniendo en cuenta el contexto en el cual han de ser aplicados, contexto que implica la presencia de una serie de requisitos que hacen que en determinadas circunstancias o situación concreta, un derecho deba primar por encima del otro, pero que en otras circunstancias diferentes ese mismo derecho deba ceder ante otro². Es en este contexto en el que se da paso a la tesis de la proporcionalidad, principio o regla de interpretación a la cual le corresponde revisar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos humanos dentro un Estado constitucional y democrático de derechos³.

La *razonabilidad o proporcionalidad* consiste en una técnica de interpretación que busca proteger, garantizar y desarrollar al interior de las organizaciones estatales los derechos humanos dentro de los modelos constitucionales, bajo el entendido de que en tales modelos no existe un listado descendente y jerárquico de los derechos, sino que los mismos se presentan como un catálogo enunciativo u horizontal que permite que los derechos *positivizados* constitucionalmente sean aplicados sistemáticamente en un plano de igualdad, bajo la idea de que la positivización no implica negación⁴, y todos interpretados desde la mirada de lo razonable. La razonabilidad de los derechos humanos, busca que estos dentro de un modelo de Estado constitucional sean compatibles entre sí a la luz de los postulados de la dignidad humana, siendo ésta (sic) entendida como el derecho de los derechos, por cuanto la dignidad humana ocupa dentro del catálogo de derechos humanos el papel que el sol tiene dentro del sistema solar, y así como todos los planetas giran alrededor del sol, de igual manera todos los derechos giran alrededor de la dignidad humana. De allí que, dentro del marco de la razonabilidad entran en juego límites como la proporcionalidad y ponderación de los derechos, nociones aplicadas a partir de la aceptación de la idea de la relatividad de los derechos humanos.

2. Ver sobre este punto la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el caso de la revista Titanic Vs un oficial de la reserva que era parapléjico citado en CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pagina 21.

3. CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 10, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

4. Teoría de los derechos innominados como componente del bloque de constitucionalidad. Art. 94 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Lo anterior nace dentro del contexto de la mirada contemporánea de los derechos humanos; la relevancia no solo formal sino material e instrumental que empiezan a asumir los textos constitucionales a partir del siglo XX, el rol dado a los derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales de manera comprometida y en algunos casos criticada por los defensores del constitucionalismo tradicional; la presencia de órganos internacionales de control de derechos humanos; la asistencia cada día más a un nuevo modelo de ciudadano conocedor de sus derechos y comprometido con estos, lo que empieza a hacer eco en el reclamo de los mismos ante el Estado mediante las diversas formas de participación ciudadana⁵ y de protección de derechos humanos, entre otros aspectos, hacen que se asista a la apertura de nuevos parámetros o modelos hermenéuticos o de interpretación de los derechos, que aunque resulten más complejos al momento de la resolución de los casos en comparación con los esquemas tradicionales que respondían a la absolutez y rigidez jerárquica de los derechos, que algunos denominan seguridad jurídica, no por ello el modelo contemporáneo resulta inseguro, todo lo contrario esa seguridad jurídica debe ser revisada acorde a la efectividad de los derechos, por lo tanto, el modelo no por ello es menos efectivo a la luz del derecho, todo lo contrario, resulta más garante de la dignidad de la persona.

Dentro de los mencionados nuevos parámetros se encuentran nociones como la razonabilidad, la proporcionalidad, la ponderación, principios de interpretación como el principio *pro homine* y *pro actione*, entre otros, los cuales apuntan hacia una nueva concepción de los derechos y de la persona humana como el eje central de preocupación y satisfacción social de los Estados sociales y democrático de derecho, rotulo actual que se propone para los estados contemporáneos. En lo anterior no se puede dejar de lado que dentro del fenómeno de la interpretación no solo los derechos asumen un rol valioso en el nuevo modelo hermenéutico, sino también lo ocupan los valores y principios constitucionales⁶, los cuales son vinculantes y requieren su aplicación coherente, ponderada y razonable en la protección de aquellos.

Como se puede ver, la mayor necesidad a la que se enfrenta en este momento el derecho constitucional contemporáneo no es sobre la reflexión sobre la positivización de los derechos, sino sobre su aplicación en los casos concretos cuando estos colisionan o chocan entre sí, en palabras de Carbonell

5. Sobre este punto las acciones constitucionales en Colombia: la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de tutela y la acción popular.

6. CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 12, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá. Sobre este punto ver la sentencia del aborto en Colombia C - 355 de 2008 Humberto Antonio Sierra Porto. C - 383 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

*(...) No se trata de ahora de abogar por su constitucionalización (aunque se sigue discutiendo sobre la pertinencia de aumentar el número de derechos, por ejemplo, para contemplar como tales el derecho al agua o el derecho a la renta básica) sino se supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de ellas es precisamente la de la proporcionalidad (...)*⁷

En esta sección se presentan algunas nociones acerca de la proporcionalidad y la razonabilidad, así como una revisión acerca de en qué consiste el test constitucional que surge de estos conceptos, así como sus antecedentes, partiendo de la idea de que la *proporcionalidad* antes de ser un test es un principio del derecho⁸, la proporcionalidad, implica *sopesar, medir, balancear o equilibrar*; y para la investigación que nos ocupa, este principio se analiza a la luz de su puesta en marcha en el derecho constitucional, tal y como ocurre en los casos de revisión de medidas legislativas o ejecutivas o en aquellos casos de colisión entre derechos humanos (recordar teoría de la horizontalidad), como suele suceder a manera de ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al buen nombre, cuando en ejercicio del primero se acude a adjetivos calificativos que dañan o afectan en nombre de una persona, en estos casos, se debe revisar si la medida es o no constitucional, o cual derecho debe privilegiarse en cada situación particular, haciendo un recorrido por los subprincipios que lo integran, a saber, *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, siendo este último subprincipio conocido como la ponderación de derechos o el balanceo; así lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana cuando entra a determinar una posible vulneración de la igualdad

*(...) A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada (...)*⁹

7. CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 10, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

8. CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 17, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

9. Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica No. 4.

La Corte Constitucional colombiana define el test de razonabilidad o proporcionalidad como una “*guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?*”¹⁰, y pese a que la Corte Constitucional reconoce que existen otros métodos o parámetros de valoración de vulneración de derechos, ha acudido en sus sentencias a la aplicación del test de proporcionalidad como método para determinar si las decisiones al interior del estado colombiano son acordes a los principios constitucionales.

Sobre este punto señaló la Corte Constitucional al referirse en una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que obliga a agotar la conciliación prejudicial obligatoria como requisito de procedibilidad, en relación con el test de razonabilidad que tal metodología permite a ese Tribunal “*examinar si una medida limitativa de los derechos fundamentales cumple o no una finalidad acorde con la Constitución Política y si los medios utilizados por el legislador para alcanzarla son o no idóneos ... Los criterios de análisis al aplicar un juicio de razonabilidad son distintos en razón a varios factores, entre otros, dependiendo de los derechos en juego y de la facultad con que cuente el legislador para establecer la limitación a los derechos afectados*”¹¹

En sentencias posteriores¹², la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló que la finalidad del test consiste en poder determinar si ante la presencia de un trato diferente, el mismo se encuentra justificado a la luz de los postulados constitucionales. El test de razonabilidad o proporcionalidad, que para el caso del derecho a la igualdad adquiere una versión concreta, es definido entonces como aquella metodología que permite a los Tribunales Constitucionales resolver de modo técnico y no subjetivo las cuestiones relacionadas con la violación del derecho a la igualdad¹³. Citando a Rodríguez¹⁴, El test de razonabilidad “*debe su nombre al hecho de que funciona como evaluación judicial de la justificación de un acto*

10. Corte Constitucional. Sentencia C – 022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración jurídica No. 6.3.3.

11. Corte Constitucional. Sentencia C – 1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. consideración jurídica No. 5.

12. Ver entre muchas otras C – 1176 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C - 808 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C – 673 de 2001. Manuel José Cepeda Espinosa.

13. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 190. Bogotá, 2010.

14. RODRÍGUEZ, cesar. El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. En: “La Corte Constitucional. El año de la consolidación. · Universidad de los Nades, Siglo del hombre Editores, Bogotá, 1998, página 271.

que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad”, convirtiéndose así la razonabilidad en el método al que apelarían los tribunales constitucionales para resolver con el mayor grado de objetividad y respeto de los derechos fundamentales, cuando deban realizar la revisión de las medidas legislativas, sobre todo a fin de determinar si las mismas resultan o no discriminatorias y/o violatorias de derechos fundamentales. Metodología que implica atravesar por los tres pasos o subprincipios que lo integran como ya se ha mencionado, la *legitimidad* del fin que persigue la ley, el *medio* utilizado para lograr dicho fin y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto que implica asimismo análisis de ponderación entre fin y medio.

La génesis de la proporcionalidad se ubica en el choque que se presenta entre la necesidad de los Estados de lograr el bienestar común, seguridad y la convivencia dentro de un orden social, por un lado, y por el otro el ejercicio libre y autónomo de los derechos y libertades individuales en cabeza de los miembros de la comunidad política. En ese orden de ideas y siendo la pauta generalizada en el modelo absolutista la intervención plena, absoluta e ilimitada en los derechos y libertades del individuo bajo el ideario según el cual las personas debían ceder sus derechos para el logro del bienestar común y los logros de los fines del Estado, siendo un ejemplo de esto, la no existencia de garantías procesales penales, lo que permitía que una persona pudiese ser privada de su libertad de manera prolongada e ilimitada por ser enemigo de la corona o que la pena impuesta fuese desproporcionada al hecho cometido, situaciones que conllevaron al establecimiento de instituciones como el *habeas corpus act* en Inglaterra¹⁵. La situación anterior cambia sustancialmente con el paso al modelo de Estado de derecho, principalmente con la llegada de lo que para la época fue uno de los aportes más importantes a saber, *el principio de legalidad*, que entró a ser un límite fuerte en la injerencia caprichosa y arbitraria en el ejercicio pleno de los derechos del individuo, asimismo en tal modelo se considera que la intervención del estado en la vida de los ciudadanos debe hacerse con fundamento en una norma general, impersonal y abstracta, cuyo objetivo sea la persecución del bien común y el bienestar de todos los miembros de la sociedad en igualdad formal de condiciones. Esos límites a la intervención se dan en relación con las siguientes premisas:

15. Sobre este punto: Inglaterra en 1670 - caso de Edward Bushell quien actuó como jurado en un proceso en el que absolvió al acusado contra la voluntad de la corona real y ante el temor de que lo detuvieran por represalia contra la decisión que tomó, solicitó el Habeas Corpus Act, el cual fue resuelto favorablemente por el Tribunal de agravios bajo el argumentando que los veredictos de los jurados no se penalizarían a fin de garantizar la imparcialidad e independencia del jurado. Lo anterior motivó a la cámara de los comunes del parlamento a reunirse y adoptar el 27 de mayo de 1679 el Habeas Corpus act: El cual se convirtió en el más importante y efectivo mecanismo de protección procesal del derecho a la libertad de la persona humana y se estableció como una garantía para los ingleses contra las detenciones arbitrarias de los reyes. El habeas corpus como garantía fue el primer aporte al derecho procesal constitucional aceptado por el parlamento y más tarde jerarquizado en las constituciones políticas y posteriormente en los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos.

1. Necesidad: el aparato estatal solo y estrictamente debe intervenir en las libertades fundamentales cuando sea estrictamente necesario;
2. Fines de la intervención: la intervención siempre debe ser acorde a los postulados constitucionales, de tal manera que solo están permitidas o justificadas las que persigan fines que vayan de acuerdo con los valores, principios y/o derechos plasmados en la constitución. En este punto se debe recordar el papel inexistente que tenían los textos constitucionales en el modelo del Estado de derecho, ya que estos eran simples textos retóricos sin ningún poder vinculante, así como también la consagración meramente enunciativa de los derechos y libertades fundamentales, sin ninguna capacidad coercitiva de ejercicio, situación que precisamente generó o provocó el cambio al modelo al Estado Social de Derecho.
3. Ponderación de la intervención: la intervención debe hacerse de la manera menos lesiva e invasiva de los derechos y libertades fundamentales

En este contexto surge la proporcionalidad, la cual es vista entonces como límite o freno de las actuaciones públicas, las cuales no en pocos casos resultaron arbitrarias e injustificadas por parte de los Estados, algunas de las cuales terminaron en excesos y/o abusos de poder, que es el modo eufemista de citar a los regímenes totalitaristas, como fue el caso del franquismo en España, Fascismo en Italia, el Nazismo en Alemania, así como las dictaduras en América Latina, situaciones que bajo el disfrazado atuendo de la búsqueda del bien común y bajo el esquema del intervencionismo estatal se cometieron crudas e irreparables violaciones a los derechos humanos sin garantizar el respeto de la más mínima dignidad del ser humano, lo anterior auspiciado por el mal comprendido pero aceptado concepto que tuvo la noción del interés general durante la vigencia del estado de derecho, el cual era entendido bajo la errónea idea de que con este se respondía a las necesidades del conglomerado social, el problema consistía no en la definición semántica del término que de suyo ya involucra un problema per se, sino que este radica en entender cuál es la autoridad socialmente legitimada desde la mirada de los derechos humanos y que no responda a ningún tipo de intereses, para definir tal concepto. Sobre este punto resulta vital citar a Quinche¹⁶ cuando señala(...) *Así, cabría preguntarse: ¿Quién establece lo que sea el interés general y bajo qué criterios?, ¿el Congreso?, ¿el Presidente?, ¿la mayoría?, ¿la Iglesia católica, o el Papa? (...)*

16. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 63. Bogotá, 2010.

Retomando la pregunta formulada en el párrafo precedente, esto es, cuál es la autoridad legitimada socialmente desde la exclusiva mirada de los derechos humanos para definir tan importante concepto, y cuáles deben ser los criterios o categorías que deben seguirse para tal labor, resulta relevante esta pregunta, ya que se debe aceptar sin mayor reparo por cuanto los hechos son el mejor referente histórico de ello, que los órganos públicos no han sido el mejor ejemplo de ello, por citar algunos ejemplos, el parlamento, y en el caso de Colombia puntualmente el Congreso de la República ha incurrido en lo que la Corte Constitucional ha denominado omisiones legislativa, en sus dos categorías – *absolutas y relativas*¹⁷ -, para así justificar su intervención constitucional en las segundas, demostrándose con ello la evidente falta de voluntad política para legislar en materia de derechos humanos¹⁸; el panorama no es diferente en el aparato estatal ejecutivo, un típico ejemplo son los casos en Europa de Nazismo, Fascismo y Franquismo y en América Latina, los cuales no han sido el mejor ejemplo en materia de garantía para los derechos fundamentales, de ordinario se citan las dictaduras o regímenes totalitarios en Argentina, Chile, Perú, sin dejar de lado la situación inagotable de crisis social y de derechos humanos que se ha vivido en Colombia por más de 50 años por diferentes factores que confluyen, los cuales no se abordarán en este documento, no por no ser importantes, sino por no ser los temas puntuales de este estudio.

Ante el anterior panorama humano y social, han sido los Tribunales o Cortes constitucionales quienes se han convertido en el mesías humano de una sociedad sedienta de justicia y de satisfacción de sus más mínimas necesidades humanas insatisfechas. Son entontes los tribunales constitucionales los órganos públicos que empezaron a demostrar su compromiso con los derechos humanos, y emprendieron una lucha titánica en una sociedad habituada a que lo injusto es derecho, y a tomar decisiones transcendentales para la efectividad de la dignidad humana, para lo cual dieron un giro de 360 grados en los métodos de interpretación, apelando a los modelos denominados los *test*, ya que si se continuaba con el modelo positivista, garantizar derechos como la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, habrían resultado una quimera.

El método de la proporcionalidad, también tiene un reto, y es el de responder directamente al concepto moderno de interés general, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional colombiana¹⁹ desde sus primeras sentencias, señalando que

17. Corte Constitucional. Sentencia C - 823 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa. Consideración jurídica No. 6.

18. Sobre la particular resulta importante mencionar temas como los derechos de las parejas LGBTI, el aborto en Colombia, la eutanasia, entre muchos otros, aspectos directamente relacionados con los derechos humanos, los cuales dentro del órgano legislativos colombiano no han sido debatidos y algunos archivados por falta de voluntad política.

19. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C - 606 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

(...) El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en la excepción. En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general (...)

En este mismo sentido, y siguiendo la línea de la Corte Constitucional, Quinche Ramírez²⁰ señala sobre el interés general, tal concepto

(...) no se encuentra en los intereses de las mayorías, como equivocadamente se tiende a pensar, ya que los derechos fundamentales, son precisamente limitaciones a los intereses de las mayorías, cartas de triunfo sobre estas, que no por ser el mayor número, profieren enunciados correctos, tal y como se desprende de las practicas del fascismo, de las dictaduras latinoamericanas o de autoritarismos presidenciales, que en su momento han contado con la favorabilidad de ciudadanos ... en este sentido, el contenido concreto del interés general, es el interés por los derechos fundamentales, compartido por la comunidad de los seres humanos, no el simple interés del presidente de la República, de un sector de la población o de la mayoría de los ciudadanos(...)

De lo anterior se colige, que el centro y eje de las sociedades modernas lo son los derechos humanos, y no lo es la tradicional pero errónea concebida idea del interés general, que permitió el abuso y la violación sistemática de estos, de tal manera que hoy en día no se habla de la necesidad de dar respuesta a los intereses de una comunidad en general, sino de garantizar la protección real, efectiva y concreta de los derechos humanos de todos, incluyendo las minorías, convirtiéndose esto en el verdadero interés general. Bajo ese entendido, el principio de proporcionalidad cobra hoy por hoy vital importancia para el derecho constitucional contemporáneo, ya que retomando la idea de aceptar la intervención estatal para el ejercicio, protección y disfrute pleno de los derechos humanos, empieza asimismo a aceptarse la idea según la cual la intervención del aparato público no debe ser

20. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 63. Bogotá, 2010.

la regla general, sino la excepción, y en tal sentido solo se debe intervenir para garantizar la protección y satisfacción de los mismos, y no para que el goce o ejercicio libre de los tales derechos se vuelva nugatorio o de imposible acceso.

Sobre este punto Abramovich y Courtis²¹ presentan en cuatro categorías las obligaciones que deben asumir los Estados democráticos para responder al real compromiso con los derechos humanos, para que la realización plena de estos se vuelva realmente posible, a saber, las primeras, consisten en una obligación positiva de hacer, denominadas de *regulación (I)*, las cuales incluyen una acción afirmativa por parte del aparato estatal y que básicamente compromete al órgano legislativo en entregar leyes acordes y que respondan de manera eficiente a garantizar los derechos humanos, sin que estas se vean influenciadas por ideologías partidistas o religiosas, sino estrictamente vinculadas al concepto de dignidad humana. Estas primeras obligaciones son el punto de partida para la garantía de tales derechos, por cuanto, aunque estos no necesitan de la regulación para su disfrute, su regulación si se convierta en una demostración clara del Estado en materia del compromiso nacional e internacional con los mismos, ante tal omisión, uno de los tipos de modulación más adoptadas por la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones, son las de tipo exhortativo, en las cuales *invita* al congreso a regular en materia de derechos humanos, un ejemplo de ello, lo constituye la sentencia C - 577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo²², que muestra la necesidad latente en el país de regular en materia de derechos humanos; en las segundas, se encuentran las obligaciones de *respeto (II)*, las cuales implican no cometer o no incurrir en actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos humanos; siguen las obligaciones de *protección (III)*, en las cuales el Estado interviene para evitar que otros actores distintos a él vulneren los derechos humanos (como por ejemplo grupos al margen de la ley); finalmente, están las obligaciones de *garantía o satisfacción*, las cuales involucran un compromiso pleno por parte del Estado con aquellos sujetos de especial protección constitucional, que por diversas circunstancias se encuentren en mayor riesgo de vulnerabilidad en el acceso y respeto de sus derechos, de tal modo que el estado debe comprometerse a hacerlos valer

21. ABRAMOVICH, VICTOR y COURTIS, CHRISTIAN. El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006. Página 26.

22. Corte Constitucional. Sentencia C - 577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica No. 7. "Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y a fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexequibilidad diferida, pues no se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación considera pertinente dirigir un **exhorto al Congreso de la República**, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho." (Negrillas fuera del texto original).

por ellos, encontrándose en esta categoría a los menores de edad, personas de la tercera edad, mujeres en estado de embarazo, personas en condiciones de debilidad manifiesta por condiciones físicas o mentales, etc.

Si bien el principio de proporcionalidad cobra fuerza en cada una de las obligaciones mencionadas, en este momento solo se hará alusión de este principio en relación con las de *regulación (positiva: por acción – negativa: por omisión o ausencia de ley)*, las cuales a su vez pueden revestir dos categorías²³, la primera regulación de restricción y/o intensidad de la intervención y la segunda regulación de intervención; las primeras establecidas para los derechos de defensa y las segundas para los derechos de protección, aun cuando finalmente las intervenciones en ambas categorías puedan llamarse no satisfacción del derecho²⁴ (por acción o por omisión), son estos supuestos en los que entra en juego el esquema de interpretación de los derechos, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, que supone dentro de los tres pasos el de la conocida ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, es decir el balanceo que se debe hacer entre los dos o más principios en colisión en cada caso concreto, para lo cual existen diversas propuestas de resolución del choque o colisión, las cuales no se entrarán a analizar por no ser el objeto del presente estudio, sin embargo una de estas es la propuesta por Alexy conocida como la fórmula del peso²⁵.

Realizadas algunas precisiones conceptuales sobre el principio de proporcionalidad, corresponde en este segmento hacer algunas consideraciones breves acerca de los antecedentes históricos que rodearon el surgimiento de este principio, para lo cual en este espacio se toma como punto de mayor referencia a Bernal Pulido²⁶. La proporcionalidad es un principio cuyo desarrollo se ha presentado en todos los ámbitos del derecho, es así como se habla de la proporcionalidad en el derecho penal, puntualmente en relación con las penas, teniendo en cuenta el bien jurídico lesionado y el grado de culpa con el que actúa el sujeto activo; sin embargo, el mayor grado de utilización del citado principio se ha presentado en el derecho constitucional, público (administrativo) por circunstancias propias de la lógica operativa y funcional de este tipo de derecho, es decir por los sujetos que se relacionan, encontrándose por un lado el Estado en representación de los intereses comunes (esta es la teoría pura

23. ALEXY ROBERT. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 26, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

24. ALEXY ROBERT. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 27, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

25. ALEXY ROBERT. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 27, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

26. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005.

del Estado) y del otro lado los ciudadanos en representación de sus propios intereses, que aunque en últimas deberían representar los del bien común, no suele darse fácilmente tal coincidencia. En esta compleja relación, en la que además se predica que la *potestad estatal para intervenir en la libertad solo puede hacerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible*²⁷, las intervenciones que haga el Estado en el desarrollo de estas relaciones, que no siempre se dan en pie de igualdad, deben ser proporcionales, de allí que *di solito* se suele ubicar puntualmente la génesis de este principio en el derecho administrativo policivo de Prusia en razón de la importancia que toma el derecho iusnaturalista, puntualmente el derecho a la libertad en aquella cultura jurídica²⁸, bajo la idea de que la legitimidad de tales actuaciones solo era viable desde una verificación de la idoneidad en la intervención. De allí que es en el marco de la Monarquía prusiana que empieza a gestarse el principio de proporcionalidad dentro del derecho policivo²⁹, abarcando desde la época los subprincipios que lo integran: *necesidad, idoneidad y proporcionalidad* en sentido estricto.

Debido al uso frecuente en el control de las medidas policivas en Prusia y su posterior expansión en el derecho público en europeo el principio de proporcionalidad se convirtió en un referente obligado para el control de las decisiones administrativas del Estado, más aun las que tenían que ver con los derechos fundamentales. Situación que se acrecienta con el discurso de los derechos públicos subjetivos, sobre este particular señala Bernal³⁰ que

*(...) A lo largo del siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. El discurso de los derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo era el fin último del ejercicio de todo poder político y de que cualquier intervención estatal en la órbita de su libertad debía ser **proporcionada** (...) (Negrilla fuera del texto original).*

El anterior panorama político llega a convertir al principio de proporcionalidad en el límite de las intervenciones del aparato estatal, más aún con el surgimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa como órgano judicial de control de las decisiones estatales, y posteriormente el surgimiento en algunos casos y el restablecimiento en otros de los

27. *Ibidem*, 41.

28. *Ibidem*, 43.

29. O. MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, De Palma, Buenos Aires, 1940, p. 31.

30. *Ibidem*, 44.

Tribunales constitucionales con posterioridad a la segunda guerra mundial³¹, aspectos estos que favorecen e incentivan en mayor grado el uso de la proporcionalidad para la intervención administrativa, sobre todo en lo que atañe a la causal de ilegalidad de los actos administrativos conocida como desvío de poder.

Humberto Nogueira Alcalá, aborda este principio en su texto *“El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”*³², analizando el enfoque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la libertad de expresión el cual es revisado de la mano con la proporcionalidad, refiriendo que éste(...) *tiene su origen en el derecho administrativo alemán donde se utiliza para controlar los poderes discrecionales de la administración, de allí fue tomado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Karlsruhe, convirtiéndolo en un elemento inherente al Estado de Derecho y la justicia, elevándolo al rango de principio o postulado constitucional, constituyéndolo en un parámetro de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes estatales, luego se ha difundido a las jurisdicciones internacionales de derechos humanos, en especial en Europa (...)*³³, además señala que el principio de proporcionalidad sirve como límite o barrera al estado, por cuanto prohíbe los excesos de este en la toma de decisiones, expone que el principio de proporcionalidad:

*(...) constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental (...) El principio o postulado de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de ésta, posibilitando un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedades del poder estatal, sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas (...)*³⁴

31. FAVOREAU, LOUIS. Los tribunales constitucionales. Ariel, Barcelona, 1994.

32. Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 119 - 156. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

33. Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 119 - 156. P. 119. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

34. Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp.

A continuación, se presenta una breve referencia histórica de escenarios jurídicos en el derecho comparado en el cual se ha apelado a este principio como parámetro de interpretación, tema en el que no se adentrará con mayores profundidades por no ser el objeto de estudio, el cual como se ha delimitado consiste en el arribo, presentación y metodología del test de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana.

Iniciando con **Alemania**, ya que diversos autores dedicados a estudiar el principio de proporcionalidad en sentido amplio han reconocido en ese país el origen de éste principio³⁵. Ya desde 1958 el Tribunal Constitucional acude a este principio como método de interpretación y análisis de las decisiones administrativas estatales, y así en el famoso caso de las “*droguerías*” (1958), la Corte Constitucional Alemana analizó desde los parámetros de proporcionalidad una decisión administrativa cuyo fundamento eran los parámetros legales vigentes para la apertura de una nueva farmacia, y ante el no cumplimiento de los mismos procedió a denegar tal solicitud, bajo la tesis de que no era necesaria la apertura de la misma y que su apertura afectaría a las farmacias ya existentes en la zona. En tal decisión la Corte Constitucional alemana presenta los pilares de su doctrina constitucional sobre la proporcionalidad, la cual ha ido refinando y consolidando en posteriores decisiones, bajo el supuesto según el cual toda intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad deber ser declarada inconstitucional³⁶.

En **Francia**, ha sido el Consejo Constitucional quien ha acudido a la proporcionalidad, como criterio para la razonabilidad de las decisiones legislativas para revisar las distinciones que la ley pretende hacer, esto es, para verificar que dichas distinciones sean proporcionales desde lo que es razonable³⁷. En **Italia**, este principio ha tenido uso como parámetro independiente del control de las decisiones administrativas, pero asimismo como criterio integrador de la razonabilidad, y al igual que en Francia y Alemania para determinar los desvíos de poder administrativos. Asimismo la Corte Constitucional italiana ha abordado la proporcionalidad dentro del marco de la igualdad y de la razonabilidad, bajo la premisa de que las leyes estatales deben ser razonables, así lo sostuvo desde 1960, cuando señaló que

119 - 156. P. 120. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

35. Sobre este punto Ver: CLERICO, LAURA. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión por defecto.” En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá. P. 147. “*Estas exigencias surgen en el derecho constitucional alemán del mandato de proporcionalidad en sentido amplio...*”.

36. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. P. 51.

37. Sobre este punto ver: Caso “Taxation D’ Office”. Recogido por Louis Favoreu y Loïc Philip. “Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel. Dalloz. París. 1995, pág 277 y ss.

*“la jurisprudencia constitucional ha afirmado reiteradamente que el principio de igualdad es violado cuando una ley, sin un motivo razonable, regula diferentemente la condición de aquellos que se encuentran en la misma situación.”*³⁸(Negrillas fuera del texto original).

Estados Unidos ha dado cabida al principio de proporcionalidad desde los años 20', sobre este punto es pertinente citar el test leve utilizado en el examen de una medida de carácter legislativo, en el cual se buscaba determinar una posible vulneración del derecho a la igualdad de trato jurídico³⁹, en este evento la Corte de Estados Unidos señaló que la distinción o clasificación legal debía ser *“razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante”*., y en 1937 se acude al parámetro estricto de constitucionalidad de una medida legislativa que buscaba clasificar a las personas teniendo en cuenta sus habilidades para ejercer sus derechos. En este asunto la Corte considera que debe efectuarse un control riguroso de constitucionalidad de la medida, por cuanto se deben proteger los derechos constitucionales fundamentales y los derechos de las minorías,⁴⁰ siendo precisamente la jurisprudencia de Estados Unidos el país precursor y pionero en cuanto a la clasificación del test en los tres niveles de intensidad conocidos: leve, intermedio y estricto.⁴¹

Asimismo el principio de proporcionalidad ha jugado un papel preponderante en el sistema jurídico inglés, en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Derecho Comunitario, en las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las decisiones tomadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre temas relacionadas con el libre tránsito de mercancías y de trabajadores. De igual manera la Constitución europea introduce el este principio en relación con el límite de las penas y en la intervención en los derechos y libertades reconocidos en la Carta⁴². Por otro lado, este principio también ha sido fuente para la resolución de colisiones de derechos

38. Sentencia N° 15 de 1960 de la Corte Constitucional Italiana - citada y analizada por Gustavo Zagrebelsky. Objeto y Alcance de la Protección de los Derechos Fundamentales. El Tribunal Constitucional Italiano en Louis Favoreu et al. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. Pág. 458 y ss. : citada por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C - 673 de 2011.

39. F.S. Royster Guano Co. V. Virginia, 253 U.S. 412 (1920).

40. John E. Nowak/Ronald D. Rotunda/J. Nelson Young, Constitutional Law, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1986, p. 530-531.

41. Sobre este punto ver: Geoffrey R. Stone et al Constitutional Law. Little, Brown and Company Boston. Páginas 495 a 689. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. Páginas 193 y 194. Bogotá, 2010.

42. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. Páginas 46 – 47.

o de intervenciones del poder público, en los tribunales de derechos humanos tanto del sistema europeo como en el sistema americano, quienes también han acudido asiduamente a la aplicación de este principio. Vale la pena mencionar en el sistema europeo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴³, así como a la Corte Europea de Derechos Humanos quien lo viene aplicando desde 1968 cuando revisó normas acusadas de violar la Convención de Derechos Humanos en el caso *Lingüístico*⁴⁴. En ese momento sostuvo que

*(...) la ley belga del 2 de agosto de 1963 violaba el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en conjunto con el artículo 2° del primer protocolo adicional al impedir a algunos niños acceder a las escuelas de lengua francesa de las seis comunas de la periferia de Bruselas con el único fundamento del sitio de residencia de sus padres. Estimó la Corte que debe haber una justificación objetiva de la norma, esto es, que ella persiga un fin legítimo y que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. La Corte adoptó esta metodología por considerar que debía seguir “los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación **objetiva y razonable**. La existencia de dicha justificación debe ser apreciada en relación con el objetivo y los efectos de la medida bajo consideración. El principio de igualdad también se viola cuando se establece claramente que no hay una relación **razonable de proporcionalidad** entre los medios empleados y los objetivos que se pretende sean realizados (...)”⁴⁵(Negrillas fuera del texto original).*

En el sistema americano de Derechos Humanos, se encuentra a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien viene dando aplicación al principio bajo parámetros o criterios de lo que es razonable desde el punto de vista de la igualdad; sobre este asunto se encuentra la Opinión Consultiva OC-04-84 del 19 de enero de 1984, citando el “Asunto *Lingüístico Belga*” de la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁶.

43. L. MARTIN RETORTILLO, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 251 y ss.

44. Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión del 23 de Julio de 1968, (*Affaire Linguistique Belge*) en: Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention Européenne Des Droits De L’Homme*. Económica. París, 1995, p. 481. Citado en la sentencia número C – 673 de 2001 de la Corte Constitucional colombiana.

45. Ver el reporte oficial de los fallos de dicha Corte. ECHR 23 de julio de 1968, Serie A, vol. 6. Para un análisis comparado de la metodología de interpretación del principio de igualdad y de la convergencia entre la jurisprudencia de diversos países y cortes regionales ver Titia Loenen y Peter R. Rodríguez. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague. 1999. págs. 25 a 51; en la sentencia C – 673 de 2001 de la Corte Constitucional Colombiana.

46. Opinión consultiva OC-04-84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafos 12 a 16 en relación con la pregunta referida a la propuesta para modificar la Constitución Política de Costa Rica en relación con la naturalización.

Finalmente, dentro de este referente al derecho comparado, se encuentra el caso de España y su Tribunal Constitucional, quien se ubica al final por razones estrictamente metodológicas, por ser este el mayor referente dentro del sistema constitucional comparado al cual ha apelado el sistema constitucional colombiano en lo que al principio de proporcionalidad se refiere. Este Tribunal ha acudido a este criterio de interpretación constitucional desde 1980 (período que casualmente coincide con el restablecimiento del mismo en 1978⁴⁷), para resolver temas en relación con el derecho a la igualdad ante la ley⁴⁸, apelando en algunos casos al test estricto, y en otros al intermedio. Un caso que resulta relevante es el mencionado por la Corte Constitucional Colombiana en el año 2001⁴⁹, en el que el Tribunal Constitucional Español declaró inconstitucional la ley sobre impuesto sobre la renta de persona físicas por no haber superado el test de proporcionalidad la medida que declaraba la unidad familiar y acumulaba las rentas tributarias de los cónyuges para efectos tributarios⁵⁰. Pese a que el rol de este principio se suele ubicar en España a partir del resurgimiento de su justicia constitucional, existen autores como L. Jordana de Pozas quienes ubican la presencia del mismo desde mediados del siglo XX bajo la premisa de que la intervención del Estado en la vida de los particulares solo era admisible en los casos necesarios y en justas proporciones⁵¹.

Sobre este aspecto señala así mismo Bernal⁵² que *la jurisdicción contenciosa administrativa española igualmente fue precursora en la consolidación de este principio, mencionando la sentencia del 20 de febrero de 1959, la cual declaró nula una orden del Ministerio de Educación por transgredir el subprincipio de necesidad*. Sentencia que ha sido avalada por autores españoles como García de Enterría⁵³, por su aporte en relación con los límites en las intervenciones del aparato público. Sobre este asunto señala Bernal citando a García De Enterría que *a partir de entonces, enfatizó este autor, toda reglamentación administrativa que restringiese las libertades y que no fuese proporcional o congruente con*

47. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 613. Bogotá, 2010.

48. José Suay Rincón, El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría, Tomo II De los Derechos y Deberes Fundamentales, Civitas, Madrid 1991, p. 856-857.

49. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 673 de 2001.

50. [29] Sentencia del Tribunal Constitucional STC 209/1988, del 10 de noviembre (BOE de diciembre 12 de 1988).

51. L. JORDANA DE POZAS, “El problema de los fines de la actividad administrativa” RAP, número 4, 1951, páginas 11 y ss.

52. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. Pág. 55.

53. EDUARDO, GARCIA DE ENTERRIA. “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” Rap, número 30, 1959, p. 138.

*las finalidades perseguidas, tendría que ser declarada ilegal*⁵⁴. La permanente recurrencia a este principio en la esfera de las decisiones públicas, lo posicionaron como un instrumento razonable para la valoración de las intervenciones estatales, lo que así mismo conllevó a que se convirtiera en un parámetro de valoración en otros campos del derecho español, como en ámbitos penales, urbanísticos, ambientales, imposición de sanciones administrativas y temas de seguridad ciudadanas, entre muchos otros. Pero indudablemente el mayor acierto en el uso del principio de proporcionalidad en España ha sido en su derecho constitucional, en este aspecto resalta Bernal⁵⁵ la importancia de este principio en temas como *la adjudicación de cargos públicos, reparto de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y los entes locales*, lo anterior desde una mirada de lo que es razonable a la luz de los postulados de la igualdad de trato jurídico.

Hechas estas breves referencias historias de derecho comparado acerca del principio de proporcionalidad, se presentará el arribo del principio de proporcionalidad a la Corte Constitucional colombiana y la metodología del test de proporcionalidad, presentando inicialmente (I). Definición del principio de proporcionalidad por el tribunal constitucional colombiano y (II) El uso del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

2. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Corte Constitucional en Colombia⁵⁶ apeló desde sus inicios a la proporcionalidad como instrumento al momento de efectuar el control de constitucionalidad (abstracto o concreto), dando con ello un giro en relación al modelo precedente adoptando por la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de la misma función, es de este modo, como con la sentencia **T – 530 de 1992**⁵⁷, importante por cuanto, en ella la Corte desde muestra lo que será su postura

54. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. Pág. 55.

55. *Ibidem*, 56 – 57.

56. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. Bogotá, 2010. Págs. 614 - 615. La Corte constitucional colombiana entró a funcionar y a ejercer sus funciones el 17 de febrero de 1992, de conformidad con el artículo 22 transitorio de la Constitución de 1991, la cual fue llamada la Corte transitoria, por cuanto sus magistrados, fueron 7 y no 9 como establece la Constitución y estos tan solo ejercieron sus funciones por 1 años, hasta tanto se eligiesen los magistrados para el periodo constitucional de 8 años individuales establecidos en la Constitución. La sentencia que se menciona es de septiembre de 1992, y la Corte entró en funcionamiento el 17 de febrero del mismo año.

57. Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-530-92.htm>.

en materia de derechos humanos, y el desarrollo que pretendía darle a estos ante el nuevo derecho constitucional en Colombia. Esta sentencia aborda el principio de proporcionalidad para resolver un asunto en materia urbana Vs el derecho a la intimidad personal, señalando que

(...) El principio de proporcionalidad aplicado a la planeación urbana exige contrastar los intereses públicos que se pretenden alcanzar con los medios empleados para ello, atendiendo a su adecuación y necesidad. Si el objetivo buscado con el diseño y construcción de una obra pública puede lograrse recurriendo a medios de igual eficacia, pero menos gravosos, éstos deben preferirse a aquellos que perjudiquen mayormente a los ciudadanos afectados por la decisión. Un medio escogido para beneficiar a un alto número de personas es necesario si no existen otros medios alternativos que permitan, sin afectar el interés particular y dentro de las posibilidades disponibles, alcanzar el mismo objetivo. No obstante, en ocasiones extremas el sacrificio impuesto al interés particular es de tal magnitud que solamente es dable equilibrar la desigualdad mediante una indemnización. Un criterio de justa proporcionalidad entre beneficios comunitarios y cargas individuales debe guiar el proceso de planeación urbana (...) (Negrillas fuera del texto original).

Esta sentencia es relevante, ya que la postura de la Corte Constitucional ante la tensión entre derechos, pero también, ante el uso por primera vez en el contexto del derecho constitucional colombiano en vigencia del estado social de derecho, del criterio de la proporcionalidad cuando la Corte precisa que “un criterio de justa proporcionalidad entre beneficios comunitarios y cargas individuales debe guiar el proceso de planeación urbana”, como idea incipiente a que lo que más adelante sería usado como test de proporcionalidad. En tal sentido, en esta decisión, la Corte Constitucional apela a la proporcionalidad en un tema de materia urbanística, en relación con una acción de tutela interpuesta contra la Alcaldía de Duitama - Secretaría de Obras Públicas, para que la entidad se abstuviera de continuar la construcción de un puente peatonal frente a su inmueble y ordenara a esta misma autoridad volver las cosas a su estado anterior, por considerar que la acción de la autoridad pública municipal amenazaba con vulnerar sus derechos a la intimidad y al debido proceso. La Corte una vez abordados los criterios de idoneidad y necesidad en relación con el interés general, tutela los derechos fundamentales a la intimidad y al debido proceso de la actora, con base en el criterio de la proporcionalidad

(...) no existe duda sobre el interés general de la comunidad estudiantil en la construcción de un puente peatonal sobre una avenida circunvalar caracterizada por

*un tráfico de alta velocidad y frecuencia (...) el medio escogido inicialmente para dar solución al problema de inseguridad vial se reveló adecuado pero innecesario (...) No es aceptable, en consecuencia, el razonamiento del Juez de tutela de primera instancia en el sentido que la peticionaria podría resolver el problema de las curiosas miradas simplemente con la “colocación de cortinas”, respuesta ésta que se revela insensible a la vulneración efectiva del derecho a la intimidad (...)”⁵⁸ Así en sucesivas sentencias la Corte se refiere al principio de proporcionalidad para abordar y definir los temas objeto de control de constitucionalidad, como son, entre otras, la– 015 de 1994⁵⁹, T 425 de 1995⁶⁰, C 070 de 1995, C 070 de 1996⁶¹, C 285 de 1997⁶², T 311 de 1998⁶³, T 417 de 2000⁶⁴, en esta sentencia la Corte señala en relación con la proporcionalidad que (...) **toda medida del Estado social de derecho debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, pues de ese modo reconoce a todo individuo su dignidad individual, y se diferencia el Estado basado en su respeto del Estado transpersonalista anterior a la Carta Política del 1991.** Así mismo, se considera relevante este fallo, ya que señala y establece los límites del poder público en todos los niveles, señalando que el principio de proporcionalidad “*parte de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de antemano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos**

58. Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-530-92.htm>.

59. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T–015 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero consideración jurídica No. 4 y 5. La proporcionalidad: (...) *no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho (...)* (Negrillas fuera del texto original)

60. Corte Constitucional. Sentencia T – 425 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4 y 5. Caso en el cual el propietario de una estación de servicio en Tunja interpone una acción de tutela en contra de un habitante del mismo municipio, y sean protegidos sus derechos a la vida, paz, trabajo ante la presencia de un establecimiento de comercio (licorera) vecina a la estación de servicio, ante el riesgo de que los consumidores de licores en horas de la noche lo hacían en la zona cercana a la estación de servicio, lo que ponía en riesgo su derecho a la vida, paz y trabajo, ante el consumo tanto de licor como de cigarrillos. Señaló la Corte que: (...) *Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos (...)* (Negrillas fuera del texto original).

61. Corte Constitucional. Sentencia C–070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4 y 5.

62. Corte Constitucional. Sentencia C – 285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración jurídica No. 3.

63. Sentencia T – 311 DE 1998. M.p. Fabio Morón Díaz.

64. Corte Constitucional. Sentencia T – 417 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración jurídica No. 3.

intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales, y el principio de proporcionalidad plantea el respeto por todos ellos, pues en caso de conflicto, la solución no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados(...)

Dentro de otros pronunciamientos relevantes de la Corte Constitucional que abordan el principio de proporcionalidad, se encuentran, a saber, C 916 de 2002⁶⁵, C 573 de 2003⁶⁶, C 796 de 2004⁶⁷, C 822 de 2005⁶⁸, T 209 de 2006⁶⁹, C 857 de 2008⁷⁰, C 288 de 2013 la Corte Constitucional señaló que la proporcionalidad consistía en la evaluación de la proporcionalidad de la limitación de un derecho, para lo cual, es *“importante apelar a los criterios que ha fijado esta Corporación para realizar el juicio de proporcionalidad, el cual implica el análisis de las siguientes dimensiones: (i) La finalidad de la medida restrictiva bajo examen y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla. Con el objeto que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere esta etapa de análisis, es preciso (i) que persiga una finalidad legítima a la luz de la Constitución y (ii) que los medios elegidos por el Legislador u otras autoridades cuyas actuaciones estén sometidas a control permitan, desde el punto de vista empírico, alcanzar efectivamente el fin perseguido. (ii) La necesidad de dicha limitación, para lo cual debe determinarse si la misma finalidad podía lograrse por medio de mecanismos menos restrictivos de derechos fundamentales y otros principios constitucionales. (iii) La proporcionalidad. En esta etapa se deben comparar los costos y beneficios en términos constitucionales de la medida sometida a control; ésta se ajustará a la Carta solamente cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr.”*⁷¹ (Negrillas fuera del texto original). Se trató de una demanda en contra del

65. Corte Constitucional. Sentencia C – 916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Consideración jurídica No. 3.

66. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 573 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño. Consideración jurídica No. 3.2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-573-03.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 21:43.

67. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-796-04.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 21:53.

68. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 22:18.

69. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T – 209 de 2006. M.P. Jaime Cordoba Triviño. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-209-06.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 23:38.

70. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 857 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-857-08.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 23:47.

71. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-258-13.htm> Visitado 24 de julio de 2013 9:45 a.m.

inciso 6 del artículo 358 del CPC, que exigía el pago de las copias del recurso a costa del recurrente, so pena de declaratoria desierta del mismo, en este caso, la Corte apelando a la proporcionalidad, señaló que este postulado (...) “*constituye una directiva no explícitamente positivada de la Carta Política*” (...) *la proporcionalidad se ha entendido como un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos que se encuentran en colisión. Así, la Corte ha señalado que la proporcionalidad es “un principio de corrección funcional de toda actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional—unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución-, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones” (...) se convierte en los límites a la limitación de derechos fundamentales en el marco de democracias constitucionales (...) ha sido desarrollado desde dos vertientes diferentes, a saber: (i) la prohibición o interdicción del exceso, que se aplica cuando una medida limita por acción legislativa un derecho fundamental, es decir, tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales; y, (ii) la prohibición por defecto, que tiene lugar cuando una medida restringe un derecho fundamental por omisión o insuficiencia en su desarrollo legislativo.*”⁷²

Presentadas algunas aproximaciones de la Corte Constitucional colombiana sobre el principio de proporcionalidad, se aborda la metodología del test de proporcionalidad, desde una breve referencia a su evolución jurisprudencial, y finalmente, se exponen algunas conclusiones en relación con la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana.

3. USO DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

El test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica que utiliza la Corte Constitucional en el ejercicio del control constitucional (abstracto o concreto), lo viene aplicando desde finales de la década de los 90’; en esta parte del documento, se presenta una descripción de los subprincipios y niveles de intensidad del test y, posteriormente el uso de la técnica de la proporcionalidad en la Corte de proporcionalidad, para finalmente, presentar finalmente las conclusiones. Los subprincipios que integran el test de proporcionalidad,

72. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 838 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-838-13.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 00:34.

son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C - 673 de 2001 (...) *Las jurisprudencias nacional, [15] comparada [16] e internacional [17] desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin (...).*

En cuanto a la *idoneidad*, implica que la intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo⁷³, por ello, en ella se verifica que la medida tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la misma sea idónea para obtener el fin constitucional buscado. La Corte en relación con la idoneidad ha señalado que en ella se revisa que la medida sea *adecuada para alcanzar el fin buscado... determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto*⁷⁴, señaló así mismo la Corte en sentencia C – 592 de 2012, que en la idoneidad, se verifica la *legitimidad del fin y de la medida, debiendo esta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto*⁷⁵.

En el subprincipio de **necesidad**, se verifica que la intervención en el derecho fundamental sea la más benigna, por ende se revisa que entre todas aquellas que puedan existir con la misma idoneidad, se haya apelado a la menos gravosa y/o invasiva del derecho fundamental intervenido y que con la misma idoneidad pueda contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.⁷⁶ A su vez, la Corte ha señalado al respecto, que en este paso el estudio consiste en verificar que el medio escogido *no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo*⁷⁷; por ende, se revisa si la medida *resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto, aspecto que normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente*

73. Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios constitucionales. Pag. 689.

74. Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001. Consideración jurídica No. 7.2.

75. Corte Constitucional. Sentencia C – 592 de 2012. Consideración Jurídica No. 7.8.

76. Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios constitucionales. Pág. 737.

77. Corte Constitucional. Sentencia C - 673. Consideración jurídica No. 7.2.

*otra medida menos gravosa, pero igualmente conducente al propósito esperado*⁷⁸. En este escenario del test se hace un juicio comparativo entre, la medida adoptada por el legislador y las otras medidas posibles que también pueden contribuir para el logro del fin en el mismo grado. En este caso, los medios alternos son sujetos a verificación de: 1. Mismo grado de idoneidad que la medida objeto de revisión. 2. El grado de afectación negativo del derecho fundamental: la intervención en menor intensidad sobre el derecho fundamental⁷⁹.

Finalmente, el tercer paso, la proporcionalidad en sentido estricto, supone que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia y/o relevancia en alcanzar el fin perseguido⁸⁰. La Corte Constitucional lo define como aquel momento del test en el que se verifica *que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida*⁸¹, para lo cual, *requiere establecer el balance entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría*⁸², de tal manera que este criterio de ponderación le permita establecer a la Corte si *el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial*.⁸³

Por otro lado, una vez expuestos los tres pasos que integran la metodología del test de proporcionalidad, se describen los tres niveles de intensidad que puede adoptar éste, a saber: leve, intermedio y estricto, al respecto la Corte Constitucional colombiana ha dicho que (...) *La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento (...)*⁸⁴

78. Corte Constitucional. C – 470 de 2011.

79. Bernal Pulido, Pág. 738.

80. Ibidem, Pág. 759.

81. Corte Constitucional. C – 673 de 2001.

82. Corte Constitucional. C – 470 de 2011.

83. Corte Constitucional. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consideración jurídica No. 4.

84. Corte Constitucional. Sentencia C - 093 de 2001.

Así mismo, la Corte ha señalado en relación con estos niveles de intensidad, que en el nivel leve, solo revisa la idoneidad de la medida, en el intermedio, verifica tanto la idoneidad como la necesidad, y en el último nivel, esto es, en el estricto, evalúa idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pero partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, tratará de acudir siempre al test leve, lo que no obsta para que deba optar por los otros dos niveles, es así como, dispuso la Corte que (...) *Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad*⁸⁵(...)

Ahora bien, ya abordados los pasos del test de proporcionalidad, como los niveles de intensidad del mismo, a continuación se describe el uso de este método en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en el ejercicio del control constitucional, señalando que él mismo ha sido aplicado por la Corte para la definición de los asuntos de constitucionalidad de gran complejidad en la vida constitucional colombiana, dentro de ellas se inicia con la sentencia T – 972 de 1999⁸⁶, se trató de una tutela en contra de Monseñor López Duque, ante la protección de los derechos a la libertad de culto, igualdad y trabajo, debido a que el actor (docente en el Seminario Menor de San José de Támara, las asignaturas de Religión, Filosofía y Ética), ya que al éste no ser católico y estar casado con alguien que pertenecía a la iglesia ‘‘Una Santa, Católica, Apostólica Comunión Anglicana’’, no podía seguir enseñando religión, sino que debía escoger otra área, y en este caso el actor escogió educación física, y se trasladó al Colegio Salvador Camacho Roldán de Nunchía. Ante la falta de idoneidad para orientarla manifestó esto a Monseñor López, así como su deseo de continuar dictando la cátedra de religión, situación que le generó una queja por presunto abandono del cargo e ineficiencia profesional. El actor señala que con esto se le discrimina por y se desconoce el artículo 13 C.P que prohíbe un trato diferente o discriminatorio por razones de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, o filosofía⁸⁷.

Para resolver el asunto, la Corte Constitucional apela al método del test de proporcionalidad, señalando que (...) la decisión de optar por un determinado culto, que para el efecto puede ser el rito católico, no comporta en sí misma el desconocimiento de la libertad religiosa, *en cuanto no se obligue a los alumnos a obrar en contra de sus principios religiosos o a*

85. Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001.

86. Corte Constitucional. Sentencia T – 972 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Consideración jurídica No. 5.

87. Ibidem, hechos sentencia T – 972 de 1999.

cambiar la fe que profesan. El pluralismo religioso plasmado en la Constitución Política no buscó “reprimir la práctica de confesión alguna -menos aún la probadamente mayoritaria, como es la Católica en el caso de Colombia- sino, por el contrario, *permitir que todas, en pie de igualdad, tuvieran las mismas posibilidades, el mismo reconocimiento y el mismo trato por parte de la ley*”. [13] “La manera adecuada y proporcional de garantizar el derecho a la libertad religiosa de credos distintos al católico no es propiamente la de impedir el derecho fundamental de la mayoría católica a expresar un acto ritual (...) *la igualdad equivale a la proporcionalidad antes que a lo idéntico.* De ahí que es ilógico homologar en absoluto el trato al credo de una mayoría evidente al de unas minorías, porque ello resulta desproporcionado. En la negación de un culto, como el católico, no se fortalecen los demás, sino que, por el contrario, se los identifica en el silencio.”⁸⁸ (Cursiva fuera del texto original).

Así mismo, se encuentra la sentencia T 268 del 2000⁸⁹, que se profirió con ocasión de una tutela interpuesta ante la prohibición del desfile “gay” en Neiva en las festividades municipales del Bambuco, ante lo cual la Corte puntualizó que (i) *la Administración pretendía satisfacer un interés legítimo, de protección de los derechos de los menores, (ii) el trato diferente dado a la comunidad homosexual no es adecuado para alcanzar ese objetivo, precisamente porque sólo el ejercicio desproporcionado e irracional de una expresión personal como el travestismo, puede conllevar esa violación de los derechos de los menores y de terceros. Por ende, en este caso, presuponer de suyo que la condición de travesti lesiona derechos, implica una discriminación a una condición personal específica. Así las cosas, existían medidas alternativas para asegurar un comportamiento idóneo por parte de las “representantes”, - quienes en su reglamento ya tenían previsto asegurar un comportamiento digno y respetable por parte de las candidatas (...) (iii) debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte al evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida concluye, que la prohibición absoluta de adelantar el desfile en comento resulta claramente desequilibrada, porque no resulta evidente que “el trato diferente haya permitido proteger a los menores, sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación”, existiendo otros mecanismos que aseguraran el libre desarrollo de la personalidad y la protección de los intereses de los menores y de terceros. En efecto, resulta irrazonable imponer obligaciones muy fuertes para el logro de beneficios, que pueden ser asegurados con medidas menos lesivas*⁹⁰. (Negritillas fuera del texto original).

88. *Ibidem*, consideración jurídica No. 5 numeral 4.

89. Constitucional colombiana. Sentencia T – 268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-268-00.htm>.

90. *Ibidem*, consideración jurídica número 7.

Como se ha señalado, la Corte Constitucional ha apelado a la técnica del test de proporcionalidad, en reiteradas ocasiones para resolver las cuestiones de constitucionalidad, se cita entre otras, las sentencias, C – 093/2001⁹¹, C – 540 de 2001⁹², C 233 de 2002⁹³, T 301 de 2004⁹⁴, este último caso referido a los derechos de personas homosexuales en Colombia, dado que la policía de Santa Marta señaló que no podían estar en la bahía de esta ciudad, estos hechos fueron revisados por la Corte Constitucional en el fallo de tutela mencionado, quien señaló que (...) *son discriminatorios los términos de comparación cuyo sustento sea el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, lengua, religión y opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios*⁹⁵ (...)

Y una vez desarrollado el test de proporcionalidad en el caso citado, señaló la Corte que ante la *vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública – y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad- debe aplicarse un **test estricto de proporcionalidad** (Negrillas fuera del texto original)*, en el presente caso, estableciendo la Corte que toda discriminación cuya base se sienta en la orientación sexual es un enfoque sospechoso de discriminación y que *la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación.*

91. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-093-01.htm> Visitado 27 marzo 2018. 18:15.

92. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 540 de 2001.

93. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 233 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-233-02.htm>.

94. Corte Constitucional. Sentencia T – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynertt. Consideraciones jurídicas No. 4, 5, 6 y 7.

95. Corte Constitucional. Sentencia T – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynertt. Consideraciones jurídicas No. 4.

Otra serie de decisiones en las cuales la Corte desarrolla el test de proporcionalidad, lo constituyen, entre muchas otras, la sentencia C 100 de 2005⁹⁶, C – 355 de 2006⁹⁷, C – 061 de 2008⁹⁸, C – 145 de 2009⁹⁹, C – 055 de 2010¹⁰⁰, C – 470 de 2011¹⁰¹, T – 248 de 2012¹⁰²,

C – 741 de 2013¹⁰³, C – 288 de 2014¹⁰⁴, C – 035 de 2015¹⁰⁵, C 470 de 2016¹⁰⁶.

De esta presentación, se puede evidenciar el uso que ha tenido esta figura en la Corte Constitucional, como herramienta en el ejercicio del control constitucional, y así garantizar el principio de supremacía constitucional diversos temas de relevancia jurídica, pero todos se encuentran en el mundo del derecho constitucional en la necesaria y obligatoria protección de los derechos fundamentales de las personas así garantizar el derecho humano más importante, la dignidad humana, tal como ocurrió con un fallo reciente, la sentencia C 114

96. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C - 100 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Consideración jurídica No. 4. Numeral 4.1. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-100-05.htm> visitado el 24 de julio 2019 7:07 p.m.: (...) *La Corte ha acudido entonces a un instrumento metodológico sobre cuyo alcance y límites se ha pronunciado reiteradamente, para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado. Se busca así establecer en cada caso i.) si se está frente a supuestos de hecho diversos o si estos son comparables; ii.) si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución; iii.) si los supuestos de hecho estudiados, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guardan una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos; iv.) si el trato desigual es proporcionado. La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, que ha propuesto tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes(...)*

97. Corte Constitucional. Sentencia C – 355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

98. Corte Constitucional. Sentencia C – 061 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No. 5

99. Corte Constitucional. Sentencia C – 145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No. 4.2.

100. Corte Constitucional. Sentencia C – 055 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Consideración jurídica No. 3.2.1. (...) para que sea conforme a la Constitución, debe reunir los requisitos anotados, esto es, ser razonable en tanto responder a las leyes de la lógica o de la experiencia y perseguir un fin constitucionalmente valioso, así como resultar útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mismo. (...).

101. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No.

102. Corte Constitucional. Sentencia T – 248 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

103. Corte Constitucional. Sentencia C – 741 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consideración jurídica No. 3. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-741-13.htm>.

104. Corte Constitucional. Sentencia C – 288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consideración jurídica No. 3. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-288-14.htm>.

105. Corte Constitucional. Sentencia C – 035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. Consideración jurídica No. 32 a 36. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-035-15.htm>.

106. Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica No. 9.1. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-470-16.htm>.

de 2017¹⁰⁷, en este caso del debate constitucional se dio con ocasión del artículo 6 (parcial) del Decreto Ley 999 de 1988, por cuanto en criterio del actor la posibilidad de modificar el nombre mediante notaria por una sola vez, viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este caso, la Corte para tomar la decisión, aplicó el test de proporcionalidad, y señaló, que (...) *es pertinente aplicar el juicio de proporcionalidad en aquellos casos en los que debe definirse si una restricción de normas que admiten diferentes grados y formas de realización –usualmente conocidas bajo la denominación de principios- es compatible con la Constitución (...) tiene por objeto evitar restricciones excesivas (interdicción del exceso) y protecciones insuficientes (interdicción de la infraprotección). Por ello entonces la proporcionalidad es entonces también una categoría de cardinal relevancia para asegurar la exclusión de la arbitrariedad o del capricho (...)*¹⁰⁸

Para resolver el asunto en cuestión, la Corte Constitucional, se refiere a los niveles de intensidad del test, y señala que éste no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los procesos de control constitucional, y que la intensidad del test se refiere a la posibilidad de aplicar los pasos que integran el test¹⁰⁹, sostiene que en el test estricto, la Corte entra a revisar tres ejes en relación con la medida, revisando si esta (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa. (ii) Si el medio es efectivamente conducente y necesario (iii) La proporcionalidad en sentido estricto.¹¹⁰ El test de nivel intermedio, las cuestiones que se abordan son (i) El propósito de la medida, en tal sentido, se revisa si esta se orienta a conseguir un fin constitucionalmente importante, y (ii) si la medida es efectiva o conduce a alcanzar el propósito que busca¹¹¹.

Finalmente, se encuentra el test débil, en el cual se determina en relación con la medida, si esta (i) persigue una finalidad constitucional o no prohibida por la Constitución y (ii) si el medio resulta idóneo para alcanzar esta finalidad¹¹². En este caso la Corte apeló a un test estricto de proporcionalidad¹¹³, y señaló que la norma era idónea, ya que busca un *objetivo constitucional imperioso en tanto pretende conferir al nombre cierto grado de*

107. Corte Constitucional. Sentencia C – 114 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Consideración jurídica No. 29.1 a 34.2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-114-17.htm>.

108. *Ibidem*, 29.1.

109. *Ibidem*, 29.2.2.

110. *Ibidem*, 29.2.3.

111. *Ibidem*, 29.2.4.

112. *Ibidem*, 29.2.5.

113. *Ibidem*, 30.3.

*estabilidad, en atención a la importancia que tiene en las diferentes dimensiones en las que actúan las personas; a su vez, sostuvo que la norma era necesaria, ya que permite conseguir el fin relacionado con la estabilidad del nombre, y finalmente, señaló en relación con la proporcionalidad que la medida no supera este criterio, dado que hay eventos en los cuales la modificación del nombre por segunda vez es imperioso por lo que en algunos casos la prohibición es desproporcionada*¹¹⁴.

Una vez abordada la técnica de la metodología del test de proporcionalidad, a partir del uso de esta herramienta de hermenéutica constitucional, por la Corte Constitucional colombiana, se presentan algunas conclusiones, a saber, las cuales fueron presentadas en el texto *El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana*¹¹⁵

1. **Nuevo enfoque de derechos humanos:** Con la entrada en vigencia del modelo de estado social de derecho dispuesto en la Constitución de 1991, se hacía necesario un nuevo enfoque o mirada de los derechos humanos, pasando de la mirada vertical a una postura horizontal de importancia de los mismos.
2. **Principio de supremacía constitucional:** con la Constitución de 1991 reitera la consagración del principio de supremacía constitucional, el cual ya había sido dispuesto desde la reforma constitucional de 1910; principio que incorpora no solo su manifestación teórica, sino que exige a su vez la implementación de la herramienta denominada control constitucional, con el objeto de garantizar la eficacia del citado principio.
3. **Órgano de control constitucional:** durante la vigencia de la Constitución de 1886 la función de control constitucional fue encomendada a la Corte Suprema de Justicia; corte encargada de cierre en la justicia ordinaria, la cual actuaba al lado del Consejo de Estado, éste último como órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa. Es decir, durante la vigencia de la Constitución de 1886 no existió el control constitucional estuvo a cargo de la Corte Suprema, corte de cierre de la justicia ordinaria. Situación que cambió con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la cual, se crea y establece la jurisdicción constitucional, creándose una alta corte, denominada Corte Constitucional, a la cual se le confió la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución. Es decir, se le encomendó la función de ejercer el control constitucional, tanto abstracto como concreto.

114. Ibidem, 34.1.

115. Armenta Ariza, A. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 121-133.

4. **Método del control constitucional:** Para el ejercicio del control constitucional (abstracto y concreto), la Corte Constitucional acogió desde sus inicios (tal como se señaló en la primera sección del capítulo dos) un importante principio, el cual no había tenido gran relevancia durante el modelo constitucional de 1886, como lo es el de *proporcionalidad*, lo cual lo hizo además atendiendo al nuevo modelo propuesto en la Constitución Política de 1991. En este punto vale la pena recordar lo dicho por Aharon Barak cuando afirmó “*Vivimos en la era de la proporcionalidad*”¹¹⁶.

El principio de proporcionalidad impone entonces, actuar con ponderación, razonabilidad, igualdad material (trato igual a lo igual), medidas legislativas de intervención para garantizar en el plano de lo real la eficacia de los derechos; todos estos, entre otros, constituyen parámetros que se imponen considerar actualmente en el ejercicio del control constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad a la luz de este principio.

Para lo anterior, la Corte Constitucional colombiana, acudió desde 1992 a la técnica del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica y argumentativa para realizar la función de control constitucional, y de esta manera garantizar el principio de supremacía constitucional. El test de proporcionalidad implementado por la Corte Constitucional colombiana, tiene influencia de la vertiente jurídica tanto norteamericana como europea; en el primer aspecto, en cuanto a los niveles de intensidad del test: leve, intermedio y estricto; y en el segundo, en cuanto a los subprincipios del test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Esta técnica actualmente (2017) sigue siendo utilizada por la Corte Constitucional y en un alto grado de aplicación, lo cual evidencia su fortaleza como técnica en el control constitucional, su solidez y consistencia en el ejercicio de esta función, por demás delicada; ya que si bien su uso, comenzó siendo muy tímido por algunos despachos de la Corte en 1992, actualmente (2017) el test ha ganado consistencia en dos aspectos: en su consolidación dogmática (fortaleza cualitativa) y en su incremento porcentual, ya que en sí en el año 1992 fue aplicada en una sentencia de la Corte, para el año 2017 su uso aumentó a 45 fallos de control constitucional (fortaleza cuantitativa)

Como otra gran fortaleza del test, se menciona que éste ha sido utilizado para resolver casos complejos y difíciles del derecho, en los cuales un control efectuado mediante el

116. Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press (2012), p. 457).

método de verticalidad de los derechos humanos, o a la luz de los métodos positivistas o exegéticos, habían dado respuestas algunos, jurídicas, estas no habrían resultado acordes con la Constitución de 1991, pero lo que es aún más grave, no habría resultado acorde con los derechos humanos, y dentro de estos, el derecho “sol” o derecho vertebral y “subjetivo” pero transcendental derecho a la dignidad humana.

Finalmente, otra de las ventajas de este esquema de decisión, es su nivel de concreción de los casos, lo cual evita el riesgo de producir decisiones generales, abstractas y/o esquemáticas, que se producían en virtud del antiguo modelo (positivista), permitiendo con ello que se generen decisiones dentro del modelo de la “casuística”, y que podrían variar en cada caso concreto a la luz del test de proporcionalidad y la aplicación de cada subprincipio en cada caso. Esto podría generar para alguna inseguridad jurídica, pero ello, se considera no es así, por cuanto, en cada caso concreto, el control se efectúa con base en el test de proporcionalidad debiéndose superar éste de conformidad con el nivel de intensidad adoptado según la medida controlada. Lo cual permite a su vez, que no se definan previamente o prejuzgue eventuales casos futuros, en los cuales aparentemente puedan estar inmersos los mismos hechos, sino que se atiende de manera muy puntual y concreta a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

5. Posturas en favor del test de proporcionalidad:

Rogelio López Sánchez¹¹⁷, señala que (...) *La visión que ofrecemos sitúa al principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea (...).*

José Francisco García García¹¹⁸, hace una defensa de esta técnica al interior de los tribunales constitucionales, y señala que si se trata de un método de control objetivo y que da mayor margen de fundamentación a las sentencias(...) *Las bondades de esta*

117. Rogelio López Sánchez. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. CEFD. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Área de Filosofía del Derecho. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. P. 1. Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>. 26/08/2017 14:41.

118. José Francisco García García. El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N0 1, pp. 101 - 138 [2011]. Revista chilena de derecho versión On-line ISSN 0718-3437. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100006 26/08/2017 15:00.

metodología de control son diversas: objetiviza el control, eleva la fundamentación y calidad de las sentencias y aumenta la certeza jurídica(...).

L. Iván Díaz García¹¹⁹, presenta las bondades de esta herramienta de control, y señala que se trata de un (...) *procedimiento de decisión claro, relativamente sencillo e intersubjetivamente controlable(...).*

6. **Críticas del test aplicado por la Corte:** Pero no todos son bondades, existe una línea que considera que razonar bajo la premisa de la proporcionalidad, en algunos casos ponderación, es un “*un paraguas propicio bajo el que una mayoría incapaz de ponerse de acuerdo en un razonamiento auténtico, puede superar sus discrepancias*”¹²⁰. En este punto de las conclusiones, es oportuno aclarar que, pese a las menciones que se harán a continuación, el propósito de la presente investigación no consistió en hacerle críticas o juicios de valor al test de proporcionalidad, sino que se trató de una investigación meramente cualitativa y/o descriptiva del mismo. Pese a ello, existe dentro de la doctrina, un sector que critica su uso y aplicación como herramienta hermenéutica de la Corte Constitucional dado su alto grado de vaguedad y poca o nula objetivad.

Dentro de los detractores de esta metodología, se encuentra, el ex magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería en el texto *Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*¹²¹, y señala en dicho texto que es una técnica con un gran peso ideológico. Señalando Araujo que esta técnica es subjetiva y caprichosa, y que invita a resolver cuestiones como “*¿Quién determina la intensidad del test? ¿Por qué a unas materias se aplica un test leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto?*”. Además el autor no solo crítica el test sino los niveles de intensidad aplicados a éste, arguyendo que (...) *el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos a ese control por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquella, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma acusada dentro de la Constitución según la materia a que ella*

119. L. Iván Díaz García. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre). [pp. 167 - 206]. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005. 26/08/2017 15:16.

120. Justice Brennan del Tribunal Supremo de Estados en el caso New Jersey v. T.L.O. (1985) pp. 369-371).

121. Jaime Araujo Rentería en su escrito denominado “Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. De la UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30334/27380> Consultado 23-09-2017. www.juridicas.unam.mx.

se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alarga o se acorta según convenga, tal como ocurría con el lecho de Procusto, en el que, para que el usuario cupiera, se les estiraba o cercenaba, a fin de que de todas maneras diera la medida (...)

Para algunos, el test de proporcionalidad plantea en lugar de respuestas, mayores problemas, y es que precisamente su talón de Aquiles, se presenta por su alto grado de vaguedad, y bajos niveles de verificación, rayando con ello no en una técnica argumentativa seria, sino del tipo **especulativo**, e incluso hay quienes lo enmarcan en una pura “**opinión**”¹²², pero no en la técnica objetiva de un test. Un caso de subjetividad en la argumentación, podría ser la sentencia C – 034 de 2014¹²³. En este caso, se trató de una demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011¹²⁴, el cual reza:

*“Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. **Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.** El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo. Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil” (La parte resaltada es lo que se demanda).*

El actor señaló que la disposición según la cual la no procedencia de recursos contra el acto que decida la solicitud de pruebas, es violatoria de la Constitución, por cuanto transgrede el artículo 29 de la misma, ya que una de las garantías del debido proceso lo constituye el hecho de presentar pruebas y no solo de controvertir las que se alleguen en contra, lo que en criterio del actor implica que en el evento de que se niegue la solicitud de pruebas, no se da la oportunidad de debatir sobre su pertinencia y conducencia. La Corte Constitucional, para resolver la cuestión planteada, lo hace mediante la aplicación del test de proporcionalidad señalando que a la luz de este método, la norma es legítima y adecuada, por cuanto:

122. Justice Scalia, también del Tribunal Supremo EEUU en el caso *BendixAutolite Corp. V. MidwescoEnter., Inc.* (1988), p. 897.

123. Corte Constitucional. Sentencia C – 034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Corra. Análisis de constitucionalidad de la norma acusada No. 8. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm> visitado 9 de abril de 2018 18:20.

124. Ley 1437 de 2011. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#40 consultado 9/04/2018 18:22.

(...) la medida escogida por el Legislador persigue un fin legítimo desde el punto de vista constitucional. Ese fin consiste en dotar de especial agilidad a las actuaciones administrativas, lo que a su vez se asocia a la satisfacción de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad, propios de la función pública (...) En ese sentido, y en atención al amplio margen de configuración de los procedimientos administrativos con que cuenta el Legislador, la exclusión de recursos en esa etapa del trámite es razonable (...) también el principio democrático y la soberanía del pueblo que, mediante representantes elegidos por voto popular, definen las reglas legales de carácter general y abstracto que regulan la vida social. A su vez, los principios de la función pública, concebidos como cauces para lograr que las actuaciones administrativas lleguen adecuadamente a su finalidad, permiten al Legislador incidir positivamente en la agilidad y celeridad de los procedimientos, aspectos que llevan a la Corte a asumir un análisis deferente sobre la razonabilidad de la medida objeto de estudio. 8.2. El estudio de idoneidad o adecuación en un test de razonabilidad leve se limita a indagar si potencialmente el medio escogido por el Legislador puede llevar al fin que se propone alcanzar. No corresponde a un estudio del nivel de eficacia, ni puede involucrar un análisis de su conveniencia, pues el Tribunal Constitucional no cuenta con las herramientas para pronunciarse sobre esos aspectos, ni debe sustituir al Congreso en la elección política de fines y medios, siempre que estos sean razonables y adecuados (...) 9. En consecuencia, a la luz del test leve de razonabilidad la medida es legítima y adecuada, de manera que el actor no logró desvirtuar la presunción de constitucionalidad que la ampara (...)¹²⁵

Esta sentencia es un ejemplo de que la argumentación resultante de la aplicación del test de proporcionalidad puede resultar subjetiva, ya que una misma cuestión puede presentar y dar lugar a dos interpretaciones, por un lado, una acorde a la constitución, y por el otro una que apunte a su inconstitucionalidad, y que la misma dependerá de la lectura interpretativa que para el efecto considere válida y pertinente la Corte Constitucional. Por ejemplo, en este evento, también aplicando el mismo test, los mismos pasos, etc, la corte pudo haber concluido que no era idóneo conducente y pertinente que el auto que niega pruebas en el procedimiento administrativo no era acorde a la Constitución, bajo las mismas premisas. De allí que se cuestione la fortaleza objetiva del test de proporcionalidad. Estos aspectos ponen de presente el riesgo que conlleva la aplicación del test por parte de los tribunales constitucionales, lo que los pone o ubica en la postura de un juez ideal. Lo cual se evidencia en aspectos tales

125. *Ibidem.*

como la complejidad subjetiva del test, los rasgos relativos de discrecionalidad a los que se puede ver expuesto, entre otros aspectos hacen que un instrumento que ha servido para proteger derechos humanos por parte de los tribunales y cortes constitucionales del mundo, no deje de verse por otro lado como una herramienta con pocos rasgos de objetividad y que pueda preocupar por las decisiones que a futuro se puedan tomar apelando a este criterio de la proporcionalidad, si la misma no es bien aplicada. Por lo que se considera que uno de los ejes centrales que permiten su control, es otro concepto que aunque pareciera igual de ambiguo, es propio para decidir cuestiones que involucran aspectos de derechos humanos, como los es el principio, valor y derecho de la dignidad humana amparada a la luz e interpretación del marco internacional de los derechos humanos. Por lo que, se considera el test de proporcionalidad como herramienta metodológica para ejercicio del control constitucional aporta más ventajas que las desventajas que se le aducen, tales como:

- 6.1. A la luz de la mirada tradicional y rígida, la proporcionalidad y la aplicación del test resulta más garantista de los derechos que una mirada positivista o exegética del derecho.
- 6.2. No es caprichoso e irreflexivo por cuanto se sustenta en líneas jurisprudenciales fundamentadas en el precedente de los tribunales constitucionales y en el pilar fundamental de la dignidad humana interpretada de conformidad con los planteamientos que aporta el marco internacional de los derechos humanos.
- 6.3. Toda gira y se desarrolla dentro del marco de la argumentación constitucional propias de un proceso reflexivo y dentro del marco de los derechos humanos, que da cabida a lo racional y a lo dialógico propio del derecho contemporáneo, en los modelos actuales que dejando atrás rasgos autoritarios o dictatoriales.
- 6.4. Dignidad humana a la luz del marco internacional de los derechos humanos, ese debe ser su punto de partida, norte y punto de llegada. Tal como ocurrió en la mayoría de las sentencias citadas durante el transcurso del presente trabajo monográfico.

4. BIBLIOGRAFIA

- Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press (2012).
- ARAUJO RENTERIA, Jaime. “Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. De la UNAM.

- Armenta Ariza, A. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14 (41)
- BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005.
- CLERICO, LAURA. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión por defecto.” En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.
- José Francisco García García. El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N0 1. [2011]. *Revista chilena de derecho versión Online* ISSN 0718-3437. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100006
- Justice Brennan del Tribunal Supremo de Estados en el caso *New Jersey v. T.L.O.* (1985) pp. 369-371)
- L. Iván Díaz García. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- MORESO, JOSE JUAN. “Alexy y la aritmética de la ponderación”. En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.
- PRIETO SANCHIS, LUIS. “El juicio de ponderación constitucional”. En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.
- MICHAEL J. SANDEL. “JUSTICIA. ¿Hacemos lo que debemos? Segunda edición. 2014. Editorial DEBATE. España.
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 189. Bogotá, 2010.
- ROBERT ALEXY. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 26, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

- Rogelio López Sánchez. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. CEFD. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Área de Filosofía del Derecho. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. P. 1. Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>.
- SANCHEZ GIL, RUBEN. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.

Sentencias:

- Corte Constitucional. Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 015 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 425 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional. Sentencia C – 285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Corte Constitucional. Sentencia T – 311 DE 1998. M.p. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 067 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional. Sentencia T – 972 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional. Sentencia T – 417 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 388 de 2000. M.P.
- Constitucional colombiana. Sentencia T – 268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 372 de 2001. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 540 de 2001.

- Corte Constitucional. Sentencia C – 916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 233 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 573 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 355 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynertt.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 042 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 697 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimmy Yepes.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 024 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C - 100 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T – 209 de 2006. M.P. Jaime Cordoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 857 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 061 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional. Sentencia C – 055 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

- Corte Constitucional. Sentencia C – 857 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 248 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 741 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 838 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub
- Corte Constitucional. Sentencia C – 035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa
- Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 091 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 114 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo
- Corte Constitucional. Sentencia T – 653 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

CAPÍTULO XIII

LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN COSTA RICA: CUATRO EJEMPLOS RECIENTES

*Haideer MIRANDA BONILLA**

1. INTRODUCCIÓN

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica conmemoró recientemente su 30 aniversario de haber entrado en funciones. Lo anterior presupone una cierta madurez del órgano de justicia constitucional que se evidencia con las más de trescientas setenta mil sentencias emitidas¹, a través de las cuales el juez constitucional ha dado contenido al catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política (1949)². En su jurisprudencia se puede individualizar una serie de temáticas de gran actualidad en el ámbito de los derechos humanos como la tutela de grupos vulnerables, los límites al poder constituyente vía referéndum, el reconocimiento de nuevos derechos que han extendido el catálogo de derechos reconocidos en los parámetros constitucional y convencional, la implementación del control de convencionalidad en sede interna, el diálogo judicial con

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis aprobada con distinción *summa cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial de Costa Rica, Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Profesor Asociado en la Facultad de Derecho (UCR). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista de Derecho Constitucional Comparado. <https://cr.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=378>. haideerm@gmail.com

1. El presente estudio fue finalizado es parte del proyecto de investigación “Elementos de derecho público comparado con énfasis en el derecho constitucional”, código 722-B8-A-12 inscrito ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora. Estadísticas brindadas en fecha 24 de julio del 2019 por la Administradora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

2. Cfr. CARVAJAL PÉREZ Marvin, MIRANDA BONILLA Haideer, SALAZAR MURILLO Ronald, (coordinadores) *Constitución y Justicia Constitucional*. Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Colegio de Abogados y Abogadas, San José, noviembre 2009.

otras jurisdicciones constitucionales o supremas o con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el desarrollo de una amplia tipología de sentencias, entre otros temas.

En relación a esta última temática la Sala Constitucional de Costa Rica –en adelante Sala Constitucional– en el ejercicio de sus diferentes competencias ha desarrollado una amplia tipología de sentencias que van más allá de la clásica formulación entre “estimativas” y “desestimativas”³ dentro de las cuales se pueden citar las sentencias aditivas, exhortativas, interpretativas, sustitutivas y más recientemente la tipología estructural. El presente estudio pretende abordar las características y elementos principales que presentan las sentencias estructurales, así como su utilización por las Cortes o Tribunales Constitucionales en América Latina⁴, para posteriormente analizar su utilización en recientes sentencias emitidas por la Sala Constitucional relacionados con la violación sistemática del derecho a la salud por la seguridad social estatal, el hacinamiento carcelario, la obligación de trasladar a los detenidos cuya situación a sido definida por una autoridad jurisdiccional de las celdas de la policial judicial a un centro penal en un plazo máximo de 72 horas y el deber del Patronato Nacional

3. La *Corte Costituzionale* ha sido pionera en desarrollar una amplia de tipología de sentencias en el ejercicio de sus funciones. Sobre el tema se puede consultar: AA.VV. *Corte Costituzionale e Processo Costituzionale. Nell'esperienza della "Rivista Giurisprudenza Costituzionale" per il Cinquantesimo Anniversario*, a cargo de Alessandro Pace. Ed. Giappichelli, Torino, 2007. MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Turín, 2003. MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Costituzionale Italiana: struttura y funcionamiento*. En la Revista de Derecho Constitucional Comparado, editorial número 1/2019, Ed. IJ Editores El texto integral puede ser consultado en <https://cr.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=378> ROMBOLI Romboli (a cura di). *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*. Ed Giappichelli, Turín, 2009. REVENGA SÁNCHEZ Miguel, PAJARES MONTOLIO Emilio y DRINCOURT ALVAREZ Juan Ramón (coords.) *50 años de Corte Constitucional Italiana y 25 del Tribunal Constitucional Español*. Ed. Ministerio de Justicia de la Secretaría General Técnica, España, 2007. Lo anterior, recoge los contenidos presentados en las Jornadas Italo – Españolas de Justicia Constitucional que se llevaron a cabo en Lanzarote. ROMBOLI Roberto. *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello. 50 anni di Corte Costituzionale*. Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2007.

4. Sobre esta temática se puede consultar: BARRIGA PÉREZ Mónica Liliana. *Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos*, p. 105 – 143, en <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2017/03/M%C3%B3nica-Barriga-Perez.pdf> NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*. En *Ámbito Jurídico* con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauer – Stiftung, en <http://www.kas.de/rspla/es/publications/39615/> MIRANDA BONILLA Haideer. *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica*. En Revista Jurídica IUS Doctrina, volumen 11, número 2, 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho (UCR) en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506> NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*. Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos, número 8, ed. Ubijus, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, México, 2015, p. 136 – 194. OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*, p. 91 – 116. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauer – Stiftung, Bogotá. 2015. PEÑA CUÉLLAR Diana Marcela, VIDAL LASSO Astrid Daniela. *Sentencias estructurales: desplazamiento forzado por megaproyectos*, p. 369 – 385. En VELANDIA CANOSA Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho Procesal Constitucional. Litigio ante la Jurisdicción Constitucional*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Universidad La Gran Colombia, 2019, Bogotá, Colombia.

de la Infancia de emitir un protocolo que garantice el debido proceso en los procesos de protección de menores de edad.

2. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN LA ACTUACIÓN DE LAS CORTES O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Esta tipología de sentencias tiene su origen en el derecho anglosajón⁵. En el caso de Estados Unidos, la fuente del litigio complejo inició con casos de discriminación sistémica (racial) y se ha extendido a otros ámbitos como la salud o el sistema carcelario. A través de las *structural injunctions* las Cortes de EE. UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales. Los elementos comunes al litigio de derecho público referido y que culmina con sentencias estructurales son: 1. afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos; 2. involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos; 3. implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, ordenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso⁶.

En las sentencias estructurales el juez constitucional va más allá de resolver el caso concreto, pues ante la existencia de problemas generales y reiterados que implican violaciones sistemáticas de derechos fundamentales en contra de un número indeterminado de personas lleva a cabo un esfuerzo por darle efectividad y fuerza normativa a la Constitución. Los jueces al comprobar, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de la sentencia) que de modo sistemática producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes⁷. En

5. RODRÍGUEZ, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. En *Texas Law Review*. Vol. 89, 2011, p. 1669-1698.

6. RODRÍGUEZ Cesar y RODRÍGUEZ Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 25. En https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf.

7. OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*, p. 91. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftung, Bogotá. 2015.

este sentido, la Sala Constitucional ha precisado que con este tipo de resoluciones: “*va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas*”⁸. En sentido similar, la Corte Constitucional Colombiana ha precisado que: “*Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo*”⁹.

Al respecto, los órganos de justicia constitucional dentro del respectivo ámbito de sus competencias fijan y desarrollan el marco en el cual las autoridades deben diseñar e implementar atendiendo al principio de coordinación las medidas adecuadas para la solución integral del problema estructural. Luego del fallo, el juez continúa con una labor de seguimiento y control del cumplimiento de su sentencia¹⁰. Ello es fundamental para que se dé un cumplimiento efectivo de lo ordenado, pues el éxito de la sentencia depende en gran medida del cumplimiento efectivo de lo ordenado¹¹.

Por otra parte, las medidas adoptadas pueden consistir en la creación, ajuste y/o manejo de las políticas públicas del Estado; la implementación de medidas administrativas, legislativas y/o presupuestales, a través de decisiones que emiten en el marco de un litigio de interés público, en el que interviene una multiplicidad de actores —diversas autoridades o entidades públicas, comunidad afectada, representantes sociales, etc.—. Son decisiones, además, que presentan efectos particulares (inter partes) y generales (inter communis) que apuntan a remediar una vulneración masiva y sistemática de derechos humanos¹².

8. Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia número 2019-5560, considerando número XVIII. El texto integral de las sentencias puede ser consultado en: <http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr>

9. Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2005, numeral 10.1.

10. RODRÍGUEZ Cesar y RODRÍGUEZ Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 26.

11. Sobre el incumplimiento de las sentencias de la Sala Constitucional se puede consultar la investigación de BRENES MONTOYA, María Marta. *El incumplimiento de las resoluciones de amparo*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005.

12. RODRÍGUEZ María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Esta tipología denominada también por la doctrina como “macro sentencias” o “sentencias piloto” son un instrumento útil en este esfuerzo, en la medida en que buscan, precisamente, activar a los órganos del Estado que han omitido en sus obligaciones constitucionales. Para que las sentencias estructurales cumplan con los objetivos que les son propios, es necesario satisfacer dos requisitos básicos: la actuación del órgano judicial con jurisdicción constitucional dentro de sus competencias y que las medidas sean razonables y fundadas. El primero de estos requisitos habla de la relación con la actuación del órgano judicial dentro de los procedimientos que constitucionalmente le han sido asignados y que dicha sentencia estructural se dicte siguiendo los procedimientos establecidos. El segundo elemento señala la relación con las medidas que se disponen. Estas deben establecer la relación con los hechos conocidos en el proceso, que apunten a la solución de los problemas de fondo que producen o permiten las violaciones y se hagan cargo de los problemas de las víctimas concretas que han recurrido al órgano judicial¹³. De ahí que estas medidas no deben ser vistas como una violación a la separación de poderes, sino una forma de concretar la actividad estatal en una sociedad democrática constitucional, entendida esta como una acción coherente de diversos actores que coordinan esfuerzos a favor de la plena vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴.

Las sentencias estructurales han sido utilizadas por algunas Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales o Corte Supremas. Al respecto, la doctrina constitucional ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Canadá, Estados Unidos de América, Argentina, Colombia¹⁵, Costa Rica¹⁶ y Perú¹⁷, así como en la jurisprudencia de órganos convencionales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

13. NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*, p. 1. En *Ámbito Jurídico* con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauer – Stiftung. En texto integral del documento puede ser consultado: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/39615/>.

14. NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*, p. 1.

15. OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales*, p. 92.

16. ARMIGO Gilbert. *Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad*, p. 267 – 271. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauer – Stiftung, Bogotá. 2015.

17. BARRIGA PÉREZ Mónica Liliana. *Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos*, p. 105 – 143. El texto integral puede ser consultado en el siguiente enlace <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2017/03/M%C3%B3nica-Barriga-Perez.pdf>

18. CUCARELLA GALLINA Luis. *Justicia Convencional. Neoprocesalismo internacional*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 31, ed. Ediciones Nueva Jurídica y la Universitat de Valencia, Bogotá, 2017.

19. NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, p. 137 – 147. En Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos, número

Al respecto, en el constitucionalismo latinoamericano, la Corte Constitucional Colombiana, la Sala Constitucional de Costa Rica y el Tribunal Constitucional del Perú han sido pioneros en esta temática al resolver a través de esta tipología de sentencias violaciones sistemáticas y reiteradas de derechos humanos relacionados con la violación al derecho a la salud, el hacinamiento carcelario, garantías del debido proceso en los procesos de custodia de menores de edad y el desplazamiento forzado interno en razón de un conflicto armado, esto último en Colombia.

Las sentencias estructurales pueden ser definidas como un mecanismo o técnica jurídica mediante la cual se declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia, insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas²⁰. En la sentencia **T-025/2004**, la Corte Constitucional Colombiana enumeró los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucionales que deriva en la necesidad de emitir una sentencia estructural: 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; 6) El hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. En dicha resolución la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) frente a los derechos de la población desplazada.

En sentido similar en la sentencia número **5560-2019** la Sala Constitucional precisó que esta temática en estudio presenta una serie de características, en particular: a) existe un

8, ed. Ubijus, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, México, 2015.

20. IRINA MEZA Malka, NAVARRO MONTERROZA Angélica, QUINTERO LYONS Josefina. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, p. 69-80. En Revista Mario Alario D'Filippo, vol. 3, número 1, 2011.

gran número de personas cuyos derechos son objetos de protección judicial; b) por la causa generadora de la violación de derechos; c) por la complejidad de las órdenes que se emiten; d) por la necesidad de una fiscalización y supervisión rigurosa y; e) por el gran número de personas que se verán beneficiadas del impacto de una sentencia de este calibre²¹.

Por otra parte, esta temática ha tenido un importante desarrollo en los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos²². En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en adelante Tribunal EDH- ha desarrollado la figura de las sentencias piloto, la cual fue introducida el 21 de febrero del 2001²³. El procedimiento de caso piloto nace como respuesta a lo que el TEDH denomina demandas repetitivas. Son demandas individuales presentadas por personas no organizadas pero generadas por la misma causa, con el mismo origen. Por lo general, además, la causa de la violación suele estar en una disposición general interna (leyes, reglamentos, etc.) o en un fallo estructural del sistema nacional de tutela de los derechos, por acción u omisión²⁴. Esta tipología de resolución tienen como fundamento lo dispuesto en los artículos 1, 41 y 46 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, así como el numeral 61 del Reglamento de Procedimiento del TEDH el cual determina “1. El TEDH podrá decidir aplicar el procedimiento de la sentencia piloto y adoptar una sentencia piloto cuando los hechos que originen una demanda que le haya sido interpuesta revelen la existencia, en la Parte Contratante afectada, de un problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas”.

La sentencia piloto es aquel procedimiento en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos

21. Sala Constitucional, sentencia número 2019-5560.

22. Sobre los Sistemas regionales de protección de los derechos humanos se puede consultar: CAPPUCCIO Laura, LOLLINI Andrea y TANZARELLA Palmina. *Le corti regionali tra stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali: europeo, americano e africano a controllo*. Ed. Scientifica, Napoli, 2012. MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015. ZANGHÌ Claudio. *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*. Ed. Giappichelli, Torino, 2002.

23. ABRISKETA URIARTE Joana. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, p. 73 – 99. En Revista Española de Derecho Internacional, volumen LXV/1, enero-junio 2013, Madrid. LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo*, p. 355 – 383. En Revista de Derecho Político, número 69, Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2007. QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, p. 395-424. En Revista Teoría y Realidad Constitucional, número 42, 2018, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho UNED, Madrid.

24. QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, op. cit. p. 403.

idénticos²⁵. En este tipo de sentencia el Tribunal identificará tanto la naturaleza estructural o sistemática del problema o disfunción, así como el tipo de medidas reparadoras que el Estado demandado deberá adoptar en el ámbito nacional en virtud del fallo de la sentencia. En el fallo, además, el Tribunal podrá determinar en qué plazo deben adoptarse aquellas medidas, teniendo en cuenta su naturaleza y la rapidez con la que puedan ser adoptadas²⁶.

Los efectos provocados por una sentencia piloto son de gran transcendencia para el Estado implicado, en tanto que le obliga a adoptar leyes internas —medidas generales— que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Justamente porque el Tribunal constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto dominó) y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (y todos los individuos afectados por el problema estructural) verá aplazado su proceso hasta que el Estado adopte dichas medidas. Con esto se ponen en evidencia dos tendencias: a) La inclinación del Tribunal a adoptar sentencias que van más allá de ser meramente declarativas; b) La orientación hacia la objetivación de los recursos con la consiguiente desafección del Tribunal por el derecho subjetivo individual²⁷.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde inicios de la década del 2000 comenzó a resolver una serie de casos vinculados con violaciones estructurales de derechos humanos. En estos casos la jurisdicción interamericana asumió el desafío de dar una respuesta más integral que la simple resolución del caso concreto que eran sometido a su conocimiento en relación a derechos fundamentales de grupos vulnerables como indígenas, mujeres, niños y niñas, privados de libertad, migrantes, desplazados y orientación sexual²⁸. En esta temática se debe resaltar la “supervisión de cumplimiento de sus sentencias” que lleva a cabo la Corte de San José de conformidad con los artículos 22, 62.1., 62.3. y 65 de la Convención Americana y el artículo 69 de su Reglamento. En esta fase, la Corte de San José puede pedir informes periódicos al Estado y ordenar la realización de audiencias orales y privadas con las partes, a fin de evidenciar los alcances en el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69

25. ABRISKETA URIARTE Joana. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, p. 78.

26. QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, op. cit. p. 407.

27. *Ibid.*, p. 74.

28. NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, op. cit. p. 136 y 137.

supra citado. Estas obligaciones incluyen el deber del Estado de informar periódicamente a la Corte sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de lo ordenado por este Tribunal en dichas decisiones²⁹. La oportuna observancia de la obligación estatal de indicar al Tribunal como está cumpliendo cada uno de los puntos ordenados por este es fundamental para evaluar el estado del cumplimiento de la sentencia en su conjunto³⁰.

3. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN LA ACTUACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL: CUATRO EJEMPLOS RECIENTES

La Sala Constitucional en el ejercicio de sus competencias ha desarrollado una amplia tipología de sentencias en los diferentes procesos constitucionales, en particular en la resolución de acciones de inconstitucionalidad, consultas de constitucionalidad, consultas judiciales, recursos de amparo y hábeas corpus. Entre esa amplia de tipología se puede citar la utilización de sentencias aditivas, exhortativas, interpretativas, sustitutivas y estructurales³¹. Estas últimas resultan ser un instrumento legítimo y eficaz en aras de proteger derechos fundamentales en casos muy excepcionales, en los cuales una tutela “no estructural” u ordinaria no es suficiente en aras de proteger estos derechos, sobre todo en los casos de algunos derechos prestaciones³².

En particular la tipología estructural ha sido utilizada por el juez constitucional en una serie de temáticas relacionadas con la tutela del derecho a la salud, el hacinamiento carcelario, el traslado célere de los detenidos de las celdas de la policía judicial a las cárceles cuando su situación ha sido definida por la autoridad jurisdiccional, hacinamiento carcelario, casos de graves agresiones a privados de libertad, el deber de realizar pruebas los concursos públicos con criterios objetivos y la tutela de la niñez.

29. MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, p. 93.

30. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de septiembre de 2005, considerando 7, y *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de sentencia, resolución del 22 de mayo de 2013, considerando sexto.

31. MIRANDA BONILLA Haideer. *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica*. En Revista Jurídica IUS Doctrina, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, número 2, 2018. El texto integral puede ser consultado en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777>.

32. ARMIJO Gilbert. *Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad*, p. 267 – 271. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauer – Stiftug, Bogotá. 2015.

Los antecedentes históricos y el mayor desarrollo de este tipología de sentencias se encuentra en la tutela del derecho a la salud reconocido en el artículo 21 de la Constitución Política (1949), en donde se ha ordenado la elaboración de una política para la atención de pacientes con VIH, la reactivación del programa de trasplante de órganos por parte del Ministerio de Salud, la incorporación de la vacuna contra el neumococo para niños y adultos mayores en el cuadro básico del plan nacional de vacunación, la eliminación de las listas de espera y la implementación del expediente digital único en salud.

En la presente investigación, una de las primeras resoluciones en la que expresamente se utilizó esta técnica decisoria fue la sentencia número **5934-1997** en donde la jurisdicción constitucional se pronunció acerca de la obligación que tiene el Estado de suministrar a los portadores del virus del SIDA, la terapia de combinación de antirretrovirales apropiada a su condición clínica, según lo prescriba y supervise el médico tratante institucional, todo en tanto prevalezcan las condiciones que lo hayan requerido. Posteriormente, en la resolución interlocutoria número **0504-I-1997** afirmó que lo resuelto en el voto *supra* citado debía aplicarse a todo aquél que se encontrara en condiciones similares, sin que tuviera necesidad de acudir a la vía de amparo para tal efecto. Lo anterior conllevó a que las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social elaboraran una política para la atención de pacientes con VIH-SIDA.

Por su parte, en la sentencia número **14639-2006** ordenó al Ministerio de Salud tomar las medidas necesarias para cumplir con la “Ley de autorización para trasplantar órganos y materiales anatómicos humanos”, Ley número 7409, de 1994, la cual había sido reglamentada con el Decreto Ejecutivo número 24605-S. Lo anterior, se llevó a cabo con fundamento en los principios de eficiencia, eficacia, continuidad, regularidad y adaptación que rigen en los servicios públicos de salud. En la parte dispositiva de la sentencia se ordenó a la Ministra de Salud que, en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia tomara las acciones administrativas necesarias para implementar y ejecutar de forma permanente, eficaz, eficiente y continua la ley en cuestión. En la sentencia número **15737-2008** el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la obligación conjunta de la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Salud de universalizar la vacuna contra el neumococo y el rotavirus en relación con la población directamente beneficiaria –niños y adultos mayores³³. En el voto número **8339-2009** se ordenó al Presidente de la CCSS que le aplique la vacuna contra el neumococo a los recurrentes, así como a todos los adultos mayores³⁴.

33. Esa tesis fue reiterada en los votos números 2639-2009, 2640-2009, 2641-2009 y 2009-8339.

34. En Costa Rica, la edad a la que se considera que comienza la vejez es a los 65 años con fundamento en lo dispuesto en la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor.

4. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES: CUATRO EJEMPLOS RECIENTES

En el presente *apéndice* se analizarán cuatro recientes sentencias emitidas por la Sala Constitucional que se configuran dentro de la categoría estructural.

4.1. La sentencia número 2019-5560 y la violación sistemática del derecho a la salud por las listas de espera en la seguridad social estatal

En la seguridad social estatal los pacientes cuando acuden a los servicios de salud y su médico tratante ordena ser valorado por un especialista o se les realice un examen o una cirugía son incluidos en una “lista de espera” a fin de que se les defina una fecha cierta para recibir la atención requerida, sin embargo, en la mayoría de los casos deben esperar meses y años. En relación con esta temática es de gran importancia lo resuelto en la sentencia número **4621-2013** en donde no solo estimó el recurso de amparo interpuesto por una persona adulta mayor quien tenía cuatro años de estar incluida en una lista de espera a fin de que se le realizara una cirugía, sino que se ordenó una serie de medidas estructurales que trascienden el caso en concreto. Al respecto, en la motivación de la sentencia se evidenció el problema estructural de las listas de espera que vulneran en forma reiterada el derecho a la salud de la población: *“V.- Ante tal situación y los reiterados casos que ha venido conociendo este Tribunal, sin duda alguna se está ante la vulneración del derecho a la salud de las personas que, como la recurrente, no han sido tratadas oportunamente y su salud se ha visto menoscabada. (...). VI.- Es por esta razón que, bajo la directriz interpretativa constitucional de lograr la máxima funcionalidad del sistema democrático, esta Sala considera oportuno y necesario generar una directiva constitucional para que en materia de salud se proceda de manera paulatina, pero seria y decidida, a erradicar las listas de espera irrazonables que actualmente exhibe el sistema de seguridad social costarricense. Para ello, deberá la Caja Costarricense de Seguro Social, como entidad rectora en el ámbito de la prestación de los servicios de salud, avocarse de forma inmediata a partir de la notificación de esta sentencia, a realizar los estudios técnicos pertinentes que le permitan elaborar un plan remedial dentro de los doce meses siguientes a la notificación de esta sentencia, que permita reducir las listas de espera que actualmente se encuentran en cada una de las especialidades de los diferentes centros de prestación de servicios sanitarios del país. En dicho plan, además, deben definirse los plazos de espera razonables por patología o grupos relacionados de diagnóstico de acuerdo con la sintomatología, el nivel de urgencia y las condiciones del paciente, así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, se deberá fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan*

dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda. Todo lo anterior sin perjuicio de las decisiones y medidas que pueda adoptar la Sala en el conocimiento de casos concretos para garantizar la debida prestación de los servicios de salud”.

No obstante a pesar del tiempo transcurrido ese problema estructural y reiterado que se identificó en la sentencia *supra* citada no recibió una solución integral por parte de las autoridades de la Caja Costarricense del Seguro Social, tal y como se evidencia con el aumento exponencial que ha tenido la interposición de recursos de amparo ante la Sala Constitucional por la violación al derecho a la salud por los problemas generados por las listas de espera. En este sentido, según estadísticas en el 2013 ingresaron a la Sala Constitucional 1891 asuntos de salud, en el 2014 se presentaron 2710 asuntos, en el 2015 se interpusieron 3725 recursos, en el 2016 se plantearon 4864 recursos y en el 2017 ingresaron 5682 asuntos. Ese aumento exponencial en la interposición de recursos refleja como la tutela del derecho a la salud ha sido judicializada³⁵.

En la reciente sentencia número **5560-2019** que estimó un recurso de amparo interpuesto por una persona adulta mayor que requería una cirugía, la Sala Constitucional fue más allá de resolver el caso en concreto y emitió nuevamente una sentencia estructural, sin embargo, primera vez realiza un análisis detallado sobre esta tipología, en particular sobre sus características y elementos que deben existir para poder dictarlas. En particular, en la motivación de la resolución en cuestión se analizó: a) la violación sistemática y reiterada por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social al derecho a la salud de los administrados; b) las causas que generan las listas de espera en la prestación de servicios de salud; c) la necesidad de la implementación de una sentencia que analice las causas estructurales que generan el estado de las listas de espera; d) necesidad de emitir una orden para superar la vulneración estructural, sistemática y reiterada al derecho a la salud de los pacientes de la CCSS.

En primer lugar, en el presente caso se acreditó la violación sistemática y reiterada por parte de la CCSS del derecho a la salud de aquellos pacientes que se encuentran en una lista de espera para ser atendidos por un médico especialista o se les realice un examen o una cirugía, lo cual se ve reflejado en el aumento exponencial en la interposición de los recursos de

35. CASTILLO VIQUEZ Fernando. *Derecho a la salud recientes evoluciones en la jurisprudencia constitucional*. El texto integral del artículo puede ser consultado en: <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cfecca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf>.

amparo, tal y como se indicó en la motivación de la sentencia: “en el año 2012 el porcentaje de ingreso era de un 10,26% mientras que en el año 2018 representó un 33,78%, es decir, más del doble. De tales asuntos, buena cantidad corresponde a las listas de espera. Ahora bien, durante el año 2018, la Sala Constitucional, en los recursos de amparo relacionados con materia de salud, verificó la infracción en un 75% aproximadamente de los asuntos votados (entre los amparos declarados con lugar y parcialmente con lugar). Aunado a lo anterior, el derecho a la salud durante el año 2018 fue el asunto más votado en este Tribunal y por ende, es el derecho fundamental que más se recurre ante esta jurisdicción”³⁶. Asimismo se acreditó que el promedio de espera para la realización de una cirugía electiva en diversos hospitales públicos superaba los 12 meses y en algunos casos los 30 meses, plazos a todas luces son desproporcionados y no garantizan una atención médica oportuna, lo que afecta, sin duda, la calidad de vida de los asegurados y por ende su dignidad humana.

En segundo lugar, en la motivación de la sentencia se analizó **con base en la información que brindó la propia CCSS** las causas que generan las listas de espera en la prestación de servicios de salud dentro de las que se pueden mencionar: a) el aumento poblacional y consideraciones epidemiológicas; b) capacidad instalada limitada (número de camas, número de quirófanos, personal, equipo, etc.); c) falta de médicos especialistas; d) necesidades de equipamiento, etc. Con fundamento lo anterior es que la Sala Constitucional decidió emitir una sentencia que analizara las causas estructurales que generan el estado de las listas de espera. Al respecto, en la resolución en cuestión se realiza por primera vez un análisis detallado sobre las características y elementos que caracterizan este tipo de sentencias, así como las razones por las cuales se hizo necesario su dictado, en particular se indicó: “esta Sala –al menos desde los últimos ocho años- ha conocido una gran cantidad de amparos por la prestación deficiente en los servicios médicos de la CCSS. De ahí que sin lugar a dudas, este Tribunal constata la existencia de diversos problemas estructurales que aquejan la prestación del servicio de salud por parte de la institución recurrida. Lo anterior, porque la misma autoridad accionada así los reconoce e inclusive instituciones consultadas como la Defensoría de los Habitantes, el Colegio de Médicos, el Ministerio de Salud y hasta las sentencias declarativas emitidas por esta Sala evidencian las deficiencias estructurales. En ese orden de cosas, esta Sala se decanta por emitir lo que en doctrina y en la praxis de diversas Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales se denomina una sentencia estructural. Es decir, la Sala va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho

36. Sala Constitucional, sentencia número 2019-5560, considerando XVI.

a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas”.

Asimismo, en la motivación del voto en cuestión se determinó: “esta Sala comprueba que la Caja Costarricense de Seguro Social en su funcionamiento tiene problemas estructurales que violentan el derecho a la salud de los amparados y la prestación eficaz de los servicios de salud. Por lo anterior y en atención a la gran cantidad de procesos de amparo en el que se alega la vulneración al derecho a la salud de los pacientes de la CCSS, esta Sala se ve obligada a valorar de forma integral la problemática de las listas de espera en los centros de salud de la institución recurrida. Este Tribunal es del criterio que en los diversos nosocomios existe una saturación en las listas de espera, donde dichos plazos superan todo margen de razonabilidad y proporcionalidad. Como consecuencia de lo anterior, esta Sala verifica que la prestación del servicio de la salud en la Caja Costarricense de Seguro Social presenta problemas estructurales tanto en la organización y funcionamiento, que llevan consigo una vulneración reiterada y constante del derecho a la salud de miles de pacientes que acuden ante esta Sala”

Por otra parte, los jueces constitucionales determinaron la necesidad de emitir una orden para superar la vulneración estructural, sistemática y reiterada al derecho a la salud de los pacientes de la CCSS. En particular en la parte resolutive de la sentencia se ordenó al Presidente de la autoridad recurrida: “(...) *elaborar en el plazo de SEIS MESES, contados a partir de la notificación de esta sentencia, un sistema de gestión integrado para solventar los problemas de lista de espera y que incorpore soluciones a las causas estructurales reconocidas por la propia Caja Costarricense de Seguro Social en su informe, entre otras, ausencia de infraestructura adecuada, aumento poblacional, las consideraciones epidemiológicas, ausencia de un sistema adecuado para cubrir la falta de médicos especialistas, necesidades de equipamiento y demanda en aumento del primer nivel de atención, así como el ausentismo de pacientes a citas en diversos centros médicos de la institución recurrida. En el proyecto de sistema de gestión integrado, deben definirse los plazos de espera razonables por patología o grupos relacionados de diagnóstico de acuerdo con la sintomatología, el nivel de urgencia y las condiciones del paciente, así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, se deberá fijar un cronograma de avance, las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del proyecto de sistema de gestión, indicadores de gestión, responsables de ejecución y seguimiento y mecanismos de verificación. Aunado a ello, el proyecto de sistema de gestión integrado, deberá tomar en cuenta las particularidades de las poblaciones en estado de vulnerabilidad (personas adultas mayores, indígenas, personas en condición de pobreza, madres, niños,*

niñas y adolescentes, privados de libertad, entre otros) y orientarse bajo los principios constitucionales del servicio público: eficiencia, eficacia, razonabilidad, disponibilidad, accesibilidad y universalidad”. Además, se ordenó a la Defensoría de los Habitantes³⁷ que coadyuve con el seguimiento de la ejecución de esta sentencia y la instó para que tome el parecer de diferentes instituciones del Estado y de la sociedad civil, con el objetivo de que por medio de esa institución, se recojan todo tipo de observaciones o inquietudes en las actuaciones que proponga la Caja Costarricense de Seguro Social.

4.2. Hacinamiento carcelario

En esta temática la jurisdicción constitucional ha estimado gran cantidad de recursos de amparo y de habeas corpus por la sobrepoblación penitenciaria -hacinamiento crítico- y problemas de salubridad en los centros penitenciarios, lo cual no solo vulnera la dignidad humana, sino los derechos a la salud e integridad personal, así como obstaculiza el cumplimiento del fin rehabilitador de la pena de prisión, tal y como lo ordenado la jurisdicción interamericana³⁸. Al respecto, la Sala Constitucional ha determinado “*el hacinamiento crítico es un criterio objetivo que determina si se está en una situación extrema que amerite la intervención de este Tribunal, para resguardar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Para ello, se han desarrollado las condiciones que se consideran mínimas o humanas para poder proteger la integridad física y psicológica de las personas privadas de libertad, pues los derechos de los reclusos se consideran como derechos constitucionalmente protegidos. En general, la comprobación de la existencia de condiciones infrahumanas en los establecimientos penitenciarios, cualesquiera que sean las causas, es una señal inequívoca de violación de los derechos humanos de los internos, que el Estado, encargado de sus custodias, está obligado a enmendar. En este sentido, para determinar si un centro penitenciario sufre un hacinamiento crítico, se ha recurrido a los parámetros fijados por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y a las recomendaciones del Comité Europeo para los Problemas Criminales, de las cuales se extrae que existe un hacinamiento crítico cuando hay densidad superior o igual a 120 detenidos por 100 lugares realmente disponibles; de manera que existe un hacinamiento crítico cuando la población penitenciaria supere en un 20% la capacidad locativa o la infraestructura del respectivo centro penitenciario*”³⁹.

37. La Ley de la Defensoría de los Habitantes, ley No. 7423 establece que esa institución es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes.

38. Sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia interamericana se puede consultar la completa y extraordinaria obra de LLOBET RODRÍGUEZ Javier. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. Ed. Jurídica Continental, San José, 2018.

39. En relación con el hacinamiento crítico se pueden citar una serie de sentencias 7484-2000, 11765-2012, 12963-2015, 12541 -2016 y 11504 – 2017.

En la sentencia número **11765-2012** se acreditó la existencia de sobrepoblación penitenciaria y hacinamiento crítico en varios módulos del Centro de Atención Institucional La Reforma. En la motivación de la sentencia se indica que *“Esta Sala ha declarado repetidamente que la Administración Penitenciaria tiene la obligación ineludible de respetar y proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, por lo que ha señalado que aquellos lugares o establecimientos destinados a albergar a esta población, deben reunir condiciones que sean compatibles con su dignidad como seres humanos. Precisamente, uno de los problemas sobre el que ha hecho mayor hincapié este Tribunal, ha sido el del denominado “hacinamiento crítico”, que se origina en aquellos casos en los que los centros penitenciarios albergan a un número mayor del máximo de privados de libertad posible en un determinado espacio, pues ello conlleva a una serie de problemáticas que vulneran diversos derechos fundamentales de estas personas”*. En ese caso se acreditó que el Ámbito C del Centro Penal La Reforma sobrepasaba en 86% su capacidad proyectada, cifra que supera en mucho el máximo permitido por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y a las recomendaciones del Comité Europeo para los Problemas Criminales y las instalaciones eléctricas de ese ámbito se encontraba en condiciones de deterioro tan grande, que implican un riesgo para los privados de libertad, además los privados de libertad dormían en el suelo, pues no constaban ni siquiera con una espuma. Con fundamento en lo anterior, se acreditó se vulneró la integridad física y la dignidad humana del recurrente y de los privados de libertad de ese ámbito. En la parte dispositiva se ordenó la realización de un plan remedial que brindara una solución a los citados problemas y que el Ministro de Hacienda no efectuara recortes en el presupuesto de la Dirección General de Adaptación Social hasta tanto no se brinde una solución efectiva al problema de hacinamiento crítico que existe en el Ámbito C del Centro de Atención Institucional La Reforma⁴⁰.

Posteriormente, en la sentencia número **10800-2014** la Sala Constitucional estimó un recurso de amparo por la existencia de sobrepoblación carcelaria en el Centro de Atención Institucional Gerardo Rodríguez Echeverría en donde se acreditó que existía un 50% de sobrepoblación, con lo cual se acreditó la existencia de hacinamiento crítico. En la parte dispositiva de la sentencia se ordenó al Ministro de Justicia y Paz, Director General de Adaptación Social y al Director del Centro Penal que *“en el plazo de siete meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia formulen un proyecto concreto, con indicación*

40. En idéntico sentido en la sentencia 7274-2014 se ordenó la realización de un plan remedial para intervenir la sección de máxima seguridad del Centro Penal La Reforma a fin de garantizar la integridad personal de los privados de libertad.

*precisa de los recursos necesarios, para eliminar el hacinamiento crítico que aqueja a los privados de libertad de ese dentro penal*⁴¹. En esta temática la jurisdicción constitucional ha ordenado a las autoridades estatales competentes que en un determinado plazo adopten las medidas necesarias, para remediar y dar una solución en forma definitiva al problema de hacinamiento crítico que se presenta en un determinado Centro Penitenciario y mantenerla informada de los avances del plan para remedial que tiene como finalidad solucionar esa problemática.

4.3. Sobre la permanencia en las celdas de la policía judicial y la remisión de detenidos a un centro penal dentro de un plazo célere y diligente

En reiterados pronunciamientos la Sala Constitucional ha determinado que las celdas del Organismo de Investigación Judicial son de tránsito, pues están destinadas a custodiar a los detenidos mientras una autoridad jurisdiccional resuelve su situación jurídica, la cual una vez definida deben ser trasladados a un centro penitenciario, motivo por el cual la permanencia en estas no puede exceder a partir del momento en que se realiza la solicitud a las autoridades del Ministerio de Justicia las veinticuatro horas⁴² y posteriormente es plazo fue ampliado a setenta y dos horas, luego a cinco días⁴³ y más recientemente se volvió a las tesis de las setenta y dos horas⁴⁴. En la sentencia número **10290-2018** los jueces resolvieron una problemática de hacinamiento reiterado en relación con la permanencia durante varios días por parte de personas con su situación jurídica resuelta por autoridad jurisdiccional en las celdas del Organismo de Investigación Judicial a la espera de ser ingresados a un centro penitenciario. Nótese incluso que una gran cantidad de los recursos de amparo y habeas corpus fueron interpuestos por las propias autoridades del Organismo de Investigación ante la inercia de las autoridades penitenciarias de tramitar las solicitudes de ingreso. En la parte dispositiva de la resolución se determinó:

“Se declara parcialmente con lugar el recurso. (...) se ordena a Ministro de Justicia y Paz y Director General de Adaptación Social, ambos del Ministerio de Justicia y Paz o a quienes en su lugar ejerzan dichos cargos, que: en coordinación con

41. En sentido similar se puede consultar las sentencias 15088-2012, 4621-2013, 7274-2014, 19781-2014, 14430-2016, 14508-2016, 16555-2016, 11504-2017.

42. Sala Constitucional sentencias números 1633-2003, 5956-2004, 1640-2005 y 13-015184.

43. Sobre el tema se puede consultar las sentencias números: 13787-2013, 13988-2013, 14015-2013, 15184-2013, 15233-2013, 1886-2017, 4317-2017, 15312-2017, 16940-2017, 20358-2017 y 1961-2018, entre otras.

44. 10290-2018.

*el Organismo de Investigación Judicial y en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, **adopten un protocolo que garantice la efectiva ubicación y el traslado de los privados de libertad de las celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros penitenciarios del país, de modo que éste se realice en un plazo de hasta setenta y dos horas, contados a partir de la comunicación o notificación al Organismo de Investigación Judicial de la resolución que resuelva la situación jurídica de la persona detenida y disponga su privación de libertad.** Lo anterior, garantizando una celeridad ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual las autoridades penitenciarias deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que este funcione en forma oportuna, eficiente y eficaz, durante los siete días de la semana. **Asimismo, deberán realizar los estudios respectivos que permitan acordar las modificaciones en la jornada laboral, y si es necesario, deberán incorporar las plazas que el buen servicio demande, para así garantizar un servicio público eficiente y, de igual forma, adoptar las medidas necesarias, de modo que no se afecte la prestación continua del servicio.** Al respecto, se ordena al Director General del Organismo de Investigación Judicial, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, que, una vez implementado el protocolo, disponga las medidas necesarias y adecuadas para que de inmediato a que se le informe o comunique la resolución que resuelve la situación jurídica de la persona detenida, se solicite la ubicación de la persona privada de libertad dentro de los diferentes centros penitenciarios del país. Mientras no entre en funcionamiento dicho protocolo, se aplicará el plazo de hasta cinco días en los términos dispuestos en esta sentencia. Además, se ordena al Ministro de Justicia y Paz y Director Ejecutivo del Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes, o a quienes en su lugar ejerzan dichos cargos, que mientras se construyen las nuevas instalaciones penitenciarias que se pretende, en el próximo año, deberán mejorar y optimizar la gestión y ejecución de los fondos, así como adoptar las medidas que garanticen la reubicación de la población privada de libertad en atención a los niveles de contención requeridos. Finalmente, se ordena al Director General del Organismo de Investigación Judicial, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, que adopte las medidas adecuadas y necesarias para que se continúe brindando la atención médica requerida por los privados de libertad que se encuentren en las celdas del Organismo de Investigación Judicial, de conformidad con los protocolos existentes. Lo anterior, bajo la advertencia de cometer el delito previsto por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en caso de no hacerlo. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria,*

los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En lo demás, se declara sin lugar el recurso”.

Con fundamento en los anterior se han estimado gran cantidad de recursos de amparo y habeas corpus en donde los jueces constitucionales ordenan el cumplimiento efectivo de la sentencia estructural número 10290-2018⁴⁵.

4.4. La sentencia número 7688-2019 y el deber del Patronato Nacional de la Infancia de emitir un protocolo que garantice el debido proceso en los procesos de protección de menores de edad

En la resolución en cuestión se declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por la madre de una niña en contra del Patronato Nacional de la Infancia -institución estatal encargada de la protección de la niñez riesgo- pues se acreditó una violación a los principios del debido proceso y el derecho a la defensa en un procedimiento administrativo relacionado con la menor de edad⁴⁶. En el caso en concreto se acreditó que una funcionaria del PANI quien tenía a cargo la tramitación del caso sustrajo a la niña del kínder al que asistía para reubicarla con familiares paternos, lo anterior pese a que la menor de edad estaba la cuidado de su abuela materna con base en una medida de protección de cuidado emitida por el propio Patronato. En este sentido, la jurisdicción constitucional determinó que se reubicó a la menor de edad sin que existiera alguna resolución de autoridad competente en el que se acreditara la existencia de algún peligro para la menor, ni dar audiencia a las partes, lo cual vulnera de forma arbitraria el derecho de defensa y las garantías del debido proceso que deben respetarse en los procesos especiales de protección contemplados en el Código de la Niñez y la Adolescencias. En este sentido, en la motivación de la sentencia se indicó: *“lejos de garantizar una satisfacción integral de sus derechos y la integridad física, psicológica, moral y espiritual de la niña, a tenor de lo que dispone el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño -que le otorga el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones-, el acto de la recurrida resultó lesivo de su derecho de defensa, debido proceso y de la plena aplicación del concepto de interés superior de la niña tutelada”.*

45. Al respecto, se puede consultar los votos: 10339-2018, 10342-2018, 10343-2018, 10344-2018, 10345-2018, 10346-2018, 10347-2018, 10348-2018, 10349-2018, 10350-2018, 10351-2018, 10352-2018, 10353-2018, 10356-2018, 10357-2018, 10358-2018, 10359-2018, 10359-2018, 10360-2018 y 2375-2019.

46. Sala Constitucional, sentencia número 7688-2019 de las 9:15 horas del 3 de mayo del 2019.

Por otra parte, en la motivación de la sentencia se acreditó que se habían declarado con anterioridad casos similares lo que evidenció la existencia de un grave problema estructural de violación de derechos humanos. En esta sentencia en el voto en cuestión se determinó: *“Adicionalmente, de lo que se ha logrado acreditar en este caso, y su relación con otros casos contra el PANI en que esta Sala ha acogido recursos de amparo semejantes al presente, es posible afirmar que existen elementos para considerar que en los procesos especiales de protección contemplados en el Código de la Niñez y la Adolescencia no se ha venido cumpliendo a cabalidad con algunos factores esenciales del debido proceso, lo cual tiene incidencia directa en el derecho de defensa de las personas sometidas a ellos”*. Con fundamento en lo anterior, se ordenó a quien ocupe la Presidencia del Patronato Nacional de la Infancia para que en un plazo máximo de tres meses diseñara un protocolo que contenga las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, y que una vez realizado, lo comunique tanto a las distintas Oficinas Locales -para que así exista una forma estandarizada de tramitación de los procesos especiales de protección.

5. CONCLUSIONES

Las sentencias estructurales son un instrumento por medio del cual las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina reafirman la fuerza normativa de la constitución y reivindican la obligatoriedad de sus decisiones y refuerzan su alcance. En particular la Sala Constitucional ha precisado que con este tipo de resoluciones *“va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas”* Además, ha determinado una serie de factores que deben existir para emitir una sentencia de este tipo, en particular: a) debe existir un gran número de personas cuyos derechos son objetos de protección judicial; b) por la causa generadora de la violación de derechos; c) por la complejidad de las órdenes que se emiten; d) por la necesidad de una fiscalización y supervisión rigurosa y; e) por el gran número de personas que se verán beneficiadas del impacto de una sentencia de este calibre. A ello debe agregarse que el proceso judicial puede involucrar varias autoridades y que los hechos denunciados guardan relación con políticas públicas. Lo anterior supone que esta tipología de decisiones es una combinación de efectos individuales y generales.

Los antecedentes históricos y el mayor desarrollo de esta tipología de sentencias en la jurisprudencia de la Sala Constitucional se encuentra en la tutela del derecho a la salud reconocido en el artículo 21 de la Constitución Política (1949), en donde por ejemplo, se ha

ordenado la elaboración de una política para la atención de pacientes con VIH, la reactivación del programa de trasplante de órganos por parte del Ministerio de Salud, la incorporación de la vacuna contra el neumococo para niños y adultos mayores en el cuadro básico del plan nacional de vacunación, la eliminación de las listas de espera y la implementación del expediente digital único en salud, así como la eliminación de las listas de espera. En relación a esta última temática recientemente se emitió sentencia número 2019-5560 en donde se ordenó a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social elaborar en el plazo de seis meses, un sistema de gestión integrado para solventar los problemas de lista de espera y que incorpore soluciones a las causas estructurales reconocidas por la propia recurrida. Por otra parte, este tipo de tipología de resoluciones ha sido utilizada para eliminar el hacinamiento crítico carcelario, ordenar el traslado célere de detenidos de las celdas de la policial judicial a las cárceles debe resolverse en un plazo máximo de 72 horas. Finalmente, en la sentencia número 2019-7688 se ordenó al Patronato Nacional de la Infancia emitir un protocolo que garantice el debido proceso en los procesos de protección de menores de edad.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE Joana. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, p. 73 – 99. En Revista Española de Derecho Internacional, volumen LXV/1, enero-junio 2013, Madrid.
- ARMIJO Gilbert. *Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad*, p. 267 – 271. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.
- BARRIGA PÉREZ Mónica Liliana. *Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos*, p. 105 – 143. En <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2017/03/M%C3%B3nica-Barriga-Perez.pdf>
- CUCARELLA GALLINA Luis. *Justicia Convencional. Neoprocesalismo internacional*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 31, ed. Ediciones Nueva Jurídica y la Universitat de Valencia, Bogotá, 2017.
- MALFATTI Elena, PANIZZA Saule, ROMBOLI Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Turín, 2003.

- MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.
- MIRANDA BONILLA Haideer. *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica*. En Revista Jurídica IUS Doctrina, volumen 11, número 2, 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*. En *Ámbito Jurídico* con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug. En texto integral del documento puede ser consultado: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/39615/>
- NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*. Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos, número 8, ed. Ubijus, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, México, 2015, p. 136 – 194.
- IRINA MEZA Malka, NAVARRO MONTERROZA Angélica, QUINTERO LYONS Josefina. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, p. 69-80. En Revista Mario Alario D’Filippo, vol. 3, número 1, 2011.
- LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo*, p. 355 – 383. En Revista de Derecho Político, número 69, Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2007.
- OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*, p. 91 – 116. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.
- PEÑA CUÉLLAR Diana Marcela, VIDAL LASSO Astrid Daniela. *Sentencias estructurales: desplazamiento forzado por megaproyectos*, p. 369 – 385. En VELANDIA CANOSA Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho Procesal*

Constitucional. Litigio ante la Jurisdicción Constitucional. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Universidad La Gran Colombia, 2019, Bogotá, Colombia.

- QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, p. 395-424. En Revista Teoría y Realidad Constitucional, número 42, 2018, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho UNED, Madrid.
- RODRÍGUEZ María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- RODRÍGUEZ Cesar y RODRÍGUEZ Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 25. En https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf
- ROMBOLI Roberto. *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*, p. 35-80. En Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, No. 48, ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1996.

CAPÍTULO XIV

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: CONSULTAS POPULARES Y AMAZONIA COMO SUJETO DE DERECHOS

*Diana Marcela PEÑA CUÉLLAR**

*Astrid Daniela VIDAL LASSO***

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Colombiana contempla que su Estado goza de una democracia participativa y que para ello emplea mecanismos de participación ciudadana tal como la consulta popular. Con dicho mecanismo se permite cumplir con uno de los fines esenciales del Estado y es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. Con base en ese principio democrático se había establecido legalmente desde 1994 y jurisprudencialmente por la Corte Constitucional que para proyectos de extracción minera y en todos aquellos que significaran cambios sustanciales en el suelo y por ende en la vida y desarrollo de una ciudad o departamento, debía consultárseles directamente a los ciudadanos; sin embargo, en sentencia SU- 095-de 2018 se estableció que a futuro el reto es pensar en una estrategia integral y participativa para ordenar el territorio que además de respetar las consultas populares prevea espacios reales de participación frente a la industria extractiva y que por ende las consultas populares no era el mecanismo idóneo para la intervención ciudadana.

* Colombiana, abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios. Docente de la Universidad de la Amazonia, estudiante de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE. Docente vinculada a la Universidad de la Amazonia. E-mail: d.pena@udla.edu.co (0000-0002-2161-9430)

** Colombiana, abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de las misma Universidad. Docente de la Universidad de la Amazonia, estudiante de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE. Docente vinculada a la Universidad de la Amazonia. E-mail: a.vidal@udla.edu.co

Posteriormente en sentencia constitucional C-053/19 declaró inexecutable el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, dejándolo sin respaldo legal el derecho a la participación directa de los ciudadanos para decidir acerca de estos proyectos que afectan la vida y las actividades tradicionales de un municipio, teniendo como *ratio decidendi* que el artículo 33 de la Ley no cumple lo estipulado en la Constitución toda vez que la implementación del mecanismo de participación ciudadana debió realizarse mediante una Ley orgánica y no estatutaria, es decir, que la declaratoria de inexecutable se dio por un vicio de forma que se analizó 25 años después y cuando lo que se ha indicado es que solo será procedente el estudio de constitucionalidad por vicios de forma hasta un año después de la promulgación de la Ley.

Así las cosas, exhortó al Congreso de la República para que adopte disposiciones legislativas, pero sin implementar un mecanismo transitorio mientras se cumple por el Legislativo esa orden.

La Corte Suprema de Justicia actuando como juez constitucional conoció de la deforestación que sufre hoy por hoy la selva de la Amazonia colombiana y por ello en sentencia de tutela -STC3460 2018 del 5 de abril de 2018- reconoció a la Amazonía como entidad “sujeto de derechos”, titular de protección, de conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado.

En esa misma línea, la Corte Constitucional en sentencia C- 035 de 2016 dispuso que para trámites mineros debía realizarse el proceso de concertación con las autoridades locales, basándose principalmente en el concepto de participación ciudadana y la autonomía del territorio, en razón a que en 2012 el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería delimitaron y declararon AEM (Áreas Estratégicas Mineras) sobre más de 20 millones de hectáreas divididas en 516 bloques mineros, equivalentes a aproximadamente el 20% de la superficie continental del país, distribuidos en varios departamentos, incluyendo Putumayo, Amazonas, Guainía, Guaviare y Vaupés en la región Amazónica.

Tanto los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se constituyen como precedentes constitucionales, es por eso, que se avizora que la Corte Constitucional con los últimos pronunciamientos alrededor de las consultas populares se aparta de su precedente jurisprudencial, lo que conlleva a un desafío en la protección de la Amazonia colombiana como sujeto de derechos, y es por ello que en este estudio se desarrolla el siguiente problema de investigación ¿Qué desafíos comporta la modificación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana en el caso de las consultas populares y el reconocimiento de la Amazonia como sujetos de derecho?

2. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

Colombia a través de su historia ha tenido diferentes constituciones dentro de las cuales se resalta la Constitución de 1991, la cual generó un cambio trascendental, fundamental y sirvió como punto de partida no solo para el ordenamiento a nivel interno, sino que para otros Estados en América Latina.

Uno de los cambios fundamentales introducidos por la Constitución de 1991 al Estado Colombiano, es que Colombia concibió su norma de normas como una constitución ecológica o verde y la Corte Constitucional como su máxima interprete hizo mención y explicación de ello a través de la sentencia T-411 de 1992, especificando que esta se constituye como verde, porque en primer lugar se refiere al conjunto de normas específicas en las que el Constituyente plasmó mandatos de protección al ambiente; en segundo término, a un eje transversal de la Carta y un valor implícito en el sustrato axiológico del orden normativo y, por último, a un derecho fundamental, a la vez colectivo y autónomo.

Por su parte, en el artículo primero se consagra que Colombia es un Estado social de derecho con un sistema, democrático, participativa, significando esto que no nos encontramos bajo un Estado sometido a la Ley, sino que existe prevalencia por el respeto y aplicación de los derechos humanos, en donde las personas por ser personas se constituyen como el pilar fundamental para el desarrollo del Estado. Igualmente se pasó de una democracia representativa a un sistema democrático participativo¹, es decir, que ya no se cuenta con una democracia netamente representativa, sino que existe un doble sistema democrático, lo que se traduce en que se incluye a la ciudadanía en las decisiones trascendentales con el País.

Se habla de un doble sistema de democracia, puesto que la democracia participativa adquiere significación en el momento de la presencia de la democracia representativa, pues la democracia directa es imposible, y, en palabras de Soltonovich, se constituye en una falacia, pues es imposible que una persona pueda representar la voluntad política de decenas de miles de conciudadanos, por ello se regula la democracia indirecta donde la suma de voluntades se entrega a una sola persona o grupo que se constituye en los intereses políticos y económicos, y que nunca responden ante sus electores².

1. Sentencia No. C-180/94, Herrera Vergara, Corte Constitucional Colombiana, 1994.

2. Fonseca González, Jair. *La democracia participativa en Colombia: ¿falacia o realidad?*, *Derecho y Realidad*, Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, ISSN: 1692-3936, Núm. 19 z I semestre de 2012.

Lo anterior está consagrado en el texto normativo como un fin esencial del Estado en el artículo 2° en donde se expresa, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.

Tanto es así, que se destinó un capítulo especial para la creación de mecanismos de participación democrática y ciudadana, el artículo 103, 104 y 105 de la constitución, en los que se estipula que la consulta popular se puede desarrollar previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los gobernadores y alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio.

De otra parte, con la constitución de 1991, Colombia creó la jurisdicción Constitucional, estableciendo con ello que existe un juez natural para la justicia constitucional y que dicha jurisdicción está en cabeza de la Corte Constitucional³ confiándosele la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Las funciones dadas por la constituyente de 1991 se encuentran enmarcadas en el artículo 241⁴, dentro de las funciones principales se encuentran que la Corte es quien decide sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación, entre otras.

No obstante, se tiene que en su artículo 242, reguló el procedimiento por medio del cual los ciudadanos podrán acudir a la Corte Constitucional. En dicho procedimiento, se destaca el numeral 3) Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

De lo anterior, con base en esa función constitucional que la Corte ejerce, esta se encuentra facultada para realiza un control de constitucionalidad sobre las leyes, por ende, bien sea a través de un control previo (antes de expedirse la norma) o control posterior (acción de inconstitucionalidad que ejercen los ciudadanos) puede exhortar, retirar, interpretar, modificar del ordenamiento jurídico una disposición normativa.

3. Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

4. *Ibíd.*

Otro aspecto relevante, es que al Congreso de la República se le facultó para la expedición de las leyes que regirían en el Estado Colombiano. En la facultad legislativa, no todas las leyes tienen un mismo rango de incidencia puesto que estas mismas tienen una clasificación, entre otras leyes orgánicas y leyes estatutarias.

Según disposición de la Corte Constitucional en sentencia C 053/19, se recordó que el artículo 151 de la Carta establece que a las leyes orgánicas estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa, mandato que se concreta en cuatro materias o contenidos (que emanan de varios preceptos constitucionales), a saber: “las leyes que reglamentan el Congreso y cada una de las Cámaras; las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones; el plan general de desarrollo; y la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

Por otra parte en cuanto a la segunda clasificación se esgrimió en la misma sentencia que el artículo 152 de la Constitución prevé que deberán tramitarse a través de las leyes estatutarias: (i) los derechos y deberes fundamentales, y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ÓRGANOS, ACCIONES Y PRECEDENTES

La jurisdicción constitucional es creada por la Constitución de 1991 y en ella se determinó que la Corte Constitucional es la suprema guardiana de la Constitución.

En ese entendido, a través de la Ley 270 de 1996 se creó la Ley Estatutaria De La Administración De Justicia, la cual dispuso en su artículo 11 que la Rama del Poder público está constituida los diferentes órganos que integran las distintas jurisdicciones, y, señaló en su literal c) la jurisdicción constitucional comprendida por la Corte Constitucional.

Posteriormente se designó un acápite especial para señalar esta jurisdicción, destinando los artículos del 43 al 49, para ello. El artículo 43, de la Ley en cita, estableció como estructura de la jurisdicción constitucional que la Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

En sentencia de constitucionalidad N° C-037/96 de la Ley 270 de 1996, se declaró exequible el artículo 43, significando ello que la jurisdicción constitucional también la componen los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

Así mismo, a través de sentencia de constitucionalidad N°713/08 se dejó por sentado que Literal c) de la Ley *ut supra* se declaraba condicionalmente exequible, en el entendido de que también integran la jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales y como órgano de cierre la Corte Constitucional.

Lo anterior significa entonces que la jurisdicción constitucional también la integran los jueces que resuelven las acciones previstas para la defensa de los derechos constitucionales.

En la Constitución se previeron como acciones constitucionales, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo la acción de habeas corpus, la acción de habeas data, acción de inconstitucionalidad.

La acción de tutela se tiene que está consagrada en el artículo 86 de la Constitución como un mecanismo para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

Dicha acción fue reglada a través del decreto N°2591 de 1991 y se dispuso allí que son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud⁵; no obstante, por medio del decreto 1382 de 2000, se establecieron las reglas de reparto para esta acción.

5. Decreto N° 2591 de 1991, artículo 37.

Se puede destacar entonces de lo precitado que todos los jueces o magistrados que gocen del pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales son competentes para fallar acerca de estas acciones, es decir, que todos los jueces en Colombia son competentes para resolver acciones de tutela de acuerdo con las órdenes de reparto que se establecen en el decreto N°1382 de 2000.

Ahora, debe decirse que las sentencias de la Corte Constitucional gozan de efectos hacia el futuro⁶ (*ex nunc*) a menos que disponga otra cosa en su resuelve y esta deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución⁷.

Por su parte el artículo 48, dispuso que Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

En cuanto a las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Lo anterior entonces refiere que la Corte Constitucional en ejercicio de su rol como juez constitucional de órgano de cierre, profiere sentencias de tutela, sentencias de constitucionalidad y sentencias de unificación.

Las sentencias de tutela están encaminadas a la protección de un derecho que se ve amenazado o está siendo vulnerado, por ello se habla de la protección de los derechos fundamentales y/o constitucionales.

En cuanto a las sentencias de constitucionalidad, esta surge por vía de acción, de revisión a priori o posteriori, por ende, los ciudadanos aquí por medio de esta acción pueden intervenir y solicitarle a la Corte constitucional que se pronuncie si un aparte de una Ley es constitucional o no lo es; de igual forma, como ya se mencionó la Corte tiene la función de realizar el control automático de constitucionalidad.

6. Congreso de la Republica de Colombia, Ley 270 de 1996.

7. Ibid., Art 46.

La sentencia SU- 354-17, recordó que, en cuanto a las sentencias de unificación, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico, entre dichos órganos se encuentra la Corte Constitucional.

Así mismo, atendiendo el sistema jurídico del *Common Law* el cual es acogido por el Estado Colombiano, las sentencias de la Corte Constitucional son precedente vinculante. Este sistema se caracteriza porque una vez en firme el proveído judicial, la parte resolutive de la sentencia solo genera efectos inter-partes y la razón de la decisión es la que genera la obligatoriedad de aplicación para los jueces, es, decir, la *ratio decidendi* es la que conforma el precedente vinculante.

La razón de ser del precedente se fundamenta en que los jueces no administren justicia bajo su arbitrio y capricho, sino que, con base en reglas, principios o subreglas que son verdaderamente la razón necesaria para decidir el asunto, resuelvan los casos presentados ante ellos.

En palabras de Alejandro Martínez Caballero,

el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico, sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.”

La Corte Constitucional en la sentencia T-337 de 1995, estableció que el precedente judicial se construye a partir de la *ratio decidendi*, la cual está compuesta, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La *ratio*, es la razón por la cual se da la decisión, así las cosas, para que se configure el precedente, solo el juez posterior puede evaluar, cuáles son las

razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores, por lo cual se deben dar tres elementos para el juez posterior.

Primero: la norma objeto de decisión de la corte, o en caso de Tutela, los hechos concretos. Segundo: el referente constitucional que sirvió de base a la decisión, o los derechos tutelados. Tercero: el criterio determinante de la decisión, en cualquier caso.

Entonces solo le compete al juez posterior, identificar los precedentes, por lo que lo podría aplicarlo, apartarse de él o modificarlo. Y de aquí se deriva, la clasificación del precedente, donde la Corte Constitucional, en la Sentencia T-014 de 2009, explica:

Precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro de igual jerarquía funcional. Precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, y que evidentemente debe respetarse.

Sin embargo, debe aclararse que la Corte ha planteado tres estrategias para que se respete la fuerza vinculante del precedente:

- a. La reiteración de la jurisprudencia, y es cuando la Corte Constitucional hace énfasis en una jurisprudencia ya consolidada.
- b. La Acción de Tutela contra Providencias Judiciales, este tema tiene que ver más específicamente con el precedente vertical, pues es un mecanismo que permite el control de observancia de la jurisprudencia constitucional por parte de los jueces en los procedimientos ordinarios.
- c. Anulación de las sentencias proferidas por la sala de tutela de la Corte Constitucional, se da cuando han desconocido una sentencia de constitucionalidad o unificación, esta anulación se realiza por medio de autos hechos por la sala en pleno que suponen de un mecanismo de auto control con respecto al precedente horizontal.

Corolario, los precedentes:

- Ejercen una clara fuerza gravitacional para la decisión de casos futuros análogos.
- En el que el cambio jurisprudencial sólo se puede dar por un listado más o menos cerrado de motivos razonables y suficientes.

- El precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión⁸.
- No es necesario un número veces que un determinado o específico tema ha sido fallado, pues solo basta una providencia originada en una alta corte en donde se especifique una regla o subregla de derecho –*ratio decidendi*- para estar frente a él⁹.

Por otro lado, se ha planeado la existencia de errores judiciales o decisiones erróneas que justifican el cambio de jurisprudencia, pero no constituye una facultad del juez para desechar los precedentes sin un fundamento explícito suficiente. Las decisiones erróneas pueden presentarse:

- Cuando habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior.
- Por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.
- Por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante¹⁰.

En este orden de ideas, existe un escenario gris en el ordenamiento jurídico colombiano respecto a los precedentes constitucionales, toda vez que en las jurisdicciones restantes como la ordinaria y la contenciosa, se empleó la acción de tutela contra providencia judicial para casos en los cuales se desconoce el precedente, pero cuando estamos en litigios ante jueces constitucionales, especialmente en casos de tutela y de Constitucionalidad, tal herramienta jurídica es improcedente.

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU VARIACIÓN: Un estudio de caso de la consulta popular y la Amazonia como sujeto de Derechos

4.1. De la Consulta popular en Colombia

4.1.1. Regulación normativa

8. Sentencia C- 621 de 2015, PRETELT CHALJUB, Corte Constitucional Colombiana 2015.

9 Encuéntrese en la pagina web: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/administrativo-y-contratacion/precisiones-sobre-el-precedente>.

10. Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Interpretación Constitucional.

La consulta popular aparece en la Constitución Política de Colombia como un mecanismo de participación por medio del cual se materializa uno de los principios fundamentales del Estado y a su vez su sistema de gobierno, es decir, una democracia participativa. Se encuentra reflejada en los artículos 40, 100, 103,104, 105, 107, 109, 241.

Así mismo mediante la Ley estatutaria N°134 de 1994, se dictaron las normas sobre mecanismos de participación ciudadana y en su artículo 8 se definió a la consulta popular como la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia T-445 de 2016, resaltó el alcance de la consulta popular, indicando lo siguiente:

Uno de los pilares de la Constitución de 1991 es el reconocimiento del principio de participación democrática, que inspira no sólo el ejercicio del control político, sino que irradia transversalmente diferentes esferas de la sociedad. Erigido sobre la base del pluralismo, de la tolerancia, de la vigencia de los derechos y libertades, este principio revaloriza el papel del ciudadano en los procesos de toma de decisiones, a la vez que le impone nuevas responsabilidades como miembro activo de la comunidad”

(...) implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

4.1.2 Desarrollo jurisprudencial y su variación: Retroceso

Teniendo en cuenta que las disposiciones constitucionales en Colombia a partir del año 1991, emplearon los mecanismos de participación ciudadana como un instrumento de materialización del sistema democrático, en donde los ciudadanos iban a decidir sobre los aspectos fundamentales y en donde también se previó que con el cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los gobernadores y alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, se expidió la Ley Estatutaria N° 136 de 1994 en donde se estipulaba que cuando

el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio.

Estableciéndose así, un mandato imperativo a las entidades departamentales y municipales de realizar una consulta popular cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio. Por ello múltiples sentencias se han referido al tema así:

Por medio de la sentencia T-154 de 2013, la Corte determinó:

al conocer sobre un caso de posible afectación del ambiente por actividades de minería, consagró “[b]ajo ese entendido, uno de los principios fundamentales del actual régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8° Const.), en virtud de la cual la carta política recoge y determina, a manera de derechos colectivos, las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema.// Estas disposiciones establecen (i) el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; (ii) la obligación estatal y de todas las personas de proteger la diversidad e integridad del ambiente; (iii) la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible; y (iv) la función ecológica de la propiedad”.

Lo que permite entender que el ambiente es fundamental dentro del desarrollo y la incidencia de vida de los habitantes de un territorio. En sentencia C-123/14, resolvió que se declara la exequibilidad del artículo 37, y deberá existir coordinación entre las autoridades nacionales y regionales o municipales para que se adopten las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política. Teniendo como parte que motiva que el ambiente y la interrelación del ecosistema es un factor de vital importancia para la existencia del ser humano y que por ello el ambiente se ha consagrado en nuestro ordenamiento como un principio fundamental, derecho constitucional y deber constitucional

A través de sentencia C-389 de 2016, la Corte recordó que una característica de la Constitución de 1991 es que esta se creó bajo los parámetros de una constitución ecológica¹¹ y que en sentencia C-449 de 2015 explicó:

“la defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado social de derecho. Bien jurídico constitucional que presenta una triple dimensión, toda vez que: es un principio que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho constitucional (*fundamental y colectivo*) exigible por todas las personas a través de *diversas vías judiciales*; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección. Además, la Constitución contempla el “saneamiento ambiental” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (arts. 49 y 366 superiores)”.

Pese a lo anterior, en sentencia SU 095/18, la Corte Constitucional arguye que la consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente; así, el ordenamiento jurídico ha previsto y otorgado competencias en materia del subsuelo a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población (*cursiva fuera de texto*).

Así mismo, La Corte Constitucional profirió la Sentencia C-053 de 2019, por medio de la cual se declaró la inexequibilidad del artículo 33 de la Ley 136 de 1994, suprimiendo del ordenamiento jurídico la obligatoriedad de las consultas populares en los proyectos mineros, al considerar:

- i) que la materia es objeto de una ley orgánica (de ordenamiento territorial) y no ordinaria.

11. Sentencia T-411 de 1992. MARTINEZ CABALLERO, Corte Constitucional Colombiana.

- ii) que quebranta las disposiciones de la Ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana 1757 de 2015, por ser optativa la posibilidad de realización de la consulta popular.

De lo anterior se permite entrever que la Corte Constitucional realizó un cambio sustancial en su jurisprudencia y eliminó el mecanismo de participación ciudadana, sin embargo no estudió los derechos fundamentales y se apartó claramente de su propio precedente.

La Corte inició su historia jurisprudencial con sentencias de tutela, garantizando los derechos constitucionales, como el de aplicación en la participación eficaz de los ciudadanos, en donde se les permitió decidir al respecto del rumbo su condición de vida, puesto que cualquier proyecto de extracción bien sea de petróleo o minera afecta inescindiblemente a los ciudadanos y por medio de una consulta popular se les permitía tomar decisiones, historia que fue pacífica hasta el 2016, y terminó colapsando en 2018 cuando afirmó la Corte:

- i) Que la consulta popular, no era el medio idóneo para la efectiva participación ciudadana en asuntos de trascendencia como la minería.
- ii) Que la consulta popular, no es compatible al texto constitucional para realizarla en los municipios y departamentos cuando se trata de un proyecto minero o de otro tipo que genera un cambio significativo en el uso del suelo.

4.2 Reconocimiento de Derechos Bioculturales: La Amazonia como sujeto de Derechos

La Corte Suprema de Justicia actuando como juez constitucional conoció de la deforestación que sufre hoy por hoy la selva de la Amazonia colombiana y por ello en sentencia de tutela -STC3460 2018 del 5 de abril de 2018- reconoció a la Amazonia como entidad de “sujeto de derechos”, titular de protección, de conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado.

Los accionantes argumentan como sustento fáctico que la afectación a sus derechos fundamentales es ocasionada por la creciente deforestación en la selva de la Amazonía¹². De esta manera, sus pretensiones se basaban entre otras cosas porque está proyectado que para

12. i) De acuerdo con el Boletín de Alertas Tempranas de Deforestación (at-d) del primer semestre de 2017 del Ministerio de Medio Ambiente y el Ideam, “la Amazonía es la región con mayor at-d del país, con un 66,2% del total”. ii) Las alarmantes cifras de deforestación de la selva de la Amazonía, cuya causa es atribuida al “acaparamiento de tierras (60-65%), los cultivos de uso ilícito (20-22%), la extracción ilícita de yacimientos minerales (7-8%), la infraestructura, los cultivos agroindustriales y la extracción ilegal de madera”. iii) La afectación al ciclo del agua, la capacidad del suelo para absorber líquidos, el suministro de agua a los páramos y el cambio climático resultado de los puntos anteriores.

el año 2070 de entre 1,6 y 2,14 grados centígrados de la temperatura del planeta aumente, por lo que, de acuerdo con la proyección de vida de los accionantes, sería sufrido por ellos durante su vida adulta, sumándose además las afectaciones que esto tendría sobre las reservas de recursos hídricos.

Dentro de las tesis jurisprudenciales acotadas por la Corte, se tiene que consideró que el Estado Constitucional se caracteriza porque persigue el respeto por el otro como límite a los preceptos supralegales, bajo el supuesto que todos los actos que impactan negativamente la naturaleza implican indiscutiblemente el menoscabo de los derechos fundamentales personales, así como del propio entorno. La Corte Suprema basó su decisión en la sentencia T- 622 de 2016, mediante la cual la Corte Constitucional reconoció como sujeto de Derechos el Río Atrato, cuya *ratio decidendi* fue la existencia de una relación de las comunidades y el territorio que se traduce en derechos bioculturales tanto de la comunidad como del río Atrato. Se resalta:

Que Colombia ha sido reconocida por la comunidad internacional como un país “megabiodiverso”, al constituir fuente de riquezas naturales invaluable en el planeta, que amerita una protección especial bajo una corresponsabilidad universal. Lo cual bajo un enfoque ecocéntrico, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie y no que la tierra pertenece al hombre. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes.

En ambas sentencias, los jueces constitucionales reconocen la existencia de un pensamiento antropocéntrico y la imperiosa necesidad de dar un giro y asumir un pensamiento *ecocentrico antrópico*, lo que implica que tanto el Río Atrato y El Amazonas se reconozcan como sujetos de derechos que están siendo vulnerados y por tanto merecen: protección, conservación, mantenimiento y restauración¹³.

La Corte Suprema de Justicia hizo énfasis en que el principio de solidaridad conlleva un autorreconocimiento del ser humano como parte de la naturaleza, cosa que implica, a su vez, reconocer el valor intrínseco que ella tiene.

13. BLANCO ACOSTA, L. *Dos sentencias, dos nuevos sujetos de derecho y un nuevo camino para la militancia ambiental en Colombia*. [En línea]. Fecha: 27 de junio de 2018. Disponible en: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/dos-sentencias-dos-nuevos-sujetos-de-derecho-y-un-nuevo-camino-para-la-militancia-ambiental-en-colombia/>.

Dicho lo anterior, debe afirmarse que en los casos estudiados se trató de jurisprudencia constitucional, por un lado, porque fueron pronunciamientos de la Corte Constitucional y por otro porque fue un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela, es decir como juez constitucional. En ese orden de ideas, se tratan de precedentes constitucionales.

5. DESAFÍOS Y NECESIDAD DE GENERAR SEGURIDAD

La Corte Constitucional en la sentencia SU- 095-18, expuso que su desafío es dar la mejor respuesta en clave de derechos a los retos que plantean las consultas en cada uno de los territorios en los que han sido realizadas. Afirma que, a futuro, el reto es pensar en una estrategia integral y participativa para ordenar el territorio que además de respetar las consultas populares prevea espacios reales de participación frente a la industria extractiva.

La Corte reconoce que enfrenta desafíos con su cambio jurisprudencial, sin embargo, es prudente afirmar que ese desafío es aún más fuerte frente al reconocimiento de derechos bioculturales, en este caso de la Amazonia como sujeto de Derechos, puesto que en la práctica, la naturaleza como sujeto de derechos se traduce en el nombramiento de guardianes o representantes legales que velen por la integridad y la vida de los ecosistemas que representan¹⁴, o en la participación activa de las comunidades afectadas¹⁵. Lo que demuestra que es necesario escuchar a las comunidades que habitan en esos ecosistemas y más aún es necesario dialogar con los ecosistemas mismos.

Reconocer a un ecosistema como sujeto de derechos sin lugar a duda constituyen un avance en el derecho constitucional que se presuponía constituir el sendero a un nuevo derecho, cuyo apoyo se centraba en la participación directa de la comunidad, como una estrategia que permitiera su consolidación.

La Corte no debió declarar la inexecutable de la norma antes enunciada, sino más bien dictar una sentencia con exequibilidad condicionada, ya que un Estado Social De Derecho se debe velar por los mandatos constitucionales; así lo expresó esta misma corporación en sentencia C-389 de 2016:

14. En la sentencia T- 622 de 2016, la Corte Constitucional adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ordenó que se deberán diseñar y conformar, una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia.

15. La Corte Suprema ordenó fijar un plan de acción a corto, mediano y largo plazo respecto de la deforestación en la Amazonia colombiana, así como la realización de un “pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano (PIVAC)...

Los desafíos que enfrenta un órgano judicial colegiado, y especialmente un Tribunal Constitucional, ante graves vacíos regulatorios, no susceptibles de ser conjurados a través de la inexequibilidad, pero tampoco validados mediante una exequibilidad simple, alimentada por la confianza de que los operadores jurídicos sabrán enfrentarlos a través de una interpretación conforme, sistemática y compleja del ordenamiento jurídico.

En 2012 el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería delimitaron y declararon AEM (Áreas Estratégicas Mineras) sobre más de 20 millones de hectáreas divididas en 516 bloques mineros, equivalentes a aproximadamente el 20% de la superficie continental del país, distribuidos en varios departamentos, incluyendo Putumayo, Amazonas, Guainía, Guaviare y Vaupés en la región Amazónica, mediante al sentencia C- 035 de 2016 la Corte declaró la constitucionalidad de la norma pero bajo la condición de que se realizara un proceso de concertación con las autoridades locales, basándose principalmente en el concepto de participación ciudadana y la autonomía del territorio.

Según cifras de la Agencia Nacional de Minería en el catastro minero revisado en 2019, aparecen registrados más de 150 títulos mineros otorgados en toda la Amazonía para la extracción de materiales de construcción, oro, coltán y otros metales preciosos. Los cuales están distribuidos así:

“Putumayo: 47 títulos mineros vigentes que representan un área de 15.262 Hectáreas.

Guainía: 34 títulos mineros vigentes que representan un área de 72.672 Hectáreas

Caquetá: 58 títulos mineros vigentes que representan un área de 3.963 Hectáreas.

Guaviare: 10 títulos mineros vigentes que representan un área de 612 Hectáreas.

Vaupés: 5 títulos mineros vigentes que representan un área de 14.407 Hectáreas.

Amazonas: 4 títulos mineros según informe de otras organizaciones¹⁶.

De este mismo registro se sustrae que en los años 2018 y 2019 se concedieron 3 títulos mineros lo que implica que pese al reconocimiento de la Amazonia como sujeto de derechos, se siguen realizando explotación y exploración dentro de dicho territorio que fue catalogado como “megadiverso”. Del análisis realizado por la misma Corte Constitucional en 2016

16. Información tomada de la Organización Tierra Digna. Verificada en la página web del Catastro Minero Nacional, disponible en: <http://www.cmc.gov.co:8080/CmcFrontEnd/consulta/index.cmc>.

se sustrae entonces como desafío cumplir las órdenes impartidas por la Corte Suprema de Justicia para proteger a la Amazonia colombiana como sujeto de derechos, habiéndose cerrado como una estrategia de cumplimiento, la concertación con las comunidades que habitan en el territorio.

Agregado a lo anterior, otro desafío es la inexistencia de mecanismos judiciales para atar a la Corte Constitucional al cumplimiento de su propio precedente constitucional, o mejor aún imponerle la carga argumentativa de un cambio jurisprudencial que implique el compromiso de derechos fundamentales que nacen desde la misma constitución y por ende del constituyente primario.

6. CONCLUSIONES

- De acuerdo con el texto constitucional colombiano se debe garantizar la participación eficaz de la ciudadanía frente al ordenamiento social y ambiental del territorio de manera que el ordenamiento extractivo deje de prevalecer sobre el ordenamiento socio ambiental.
- La Corte inició su historia jurisprudencial con sentencias de tutela, garantizando los derechos constitucionales, como el de aplicación en la participación eficaz de los ciudadanos, en donde se les permitió decidir al respecto del rumbo su condición de vida, puesto que cualquier proyecto de extracción bien sea de petróleo o minera afecta inescindiblemente a los ciudadanos y por medio de una consulta popular se les permitía tomar decisiones.
- La Corte Constitucional modificó su precedente jurisprudencial al emitir las sentencias SU-095/2018 y C-053 de 2019.
- La Corte Suprema de Justicia actuando como juez constitucional conoció de la deforestación que sufre hoy por hoy la selva de la Amazonia colombiana y por ello en sentencia de tutela -STC3460 2018 del 5 de abril de 2018- reconoció a la Amazonía como entidad “sujeto de derechos”, titular de protección, de conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado.
- Dentro de los desafíos que enfrenta la Corte Constitucional por su cambio jurisprudencial, frente al reconocimiento de derechos bioculturales, en este caso de la Amazonia como sujeto de Derechos, puesto que, en la práctica, la naturaleza como sujeto de derechos se traduce en el nombramiento de guardianes o representantes

legales que velen por la integridad y la vida de los ecosistemas que representan¹⁷, o en la participación de las comunidades afectadas.

- En los años 2018 y 2019 se concedieron 3 títulos mineros lo que implica que pese al reconocimiento de la Amazonia como sujeto de derechos, y del análisis realizado por la misma Corte Constitucional en 2016 se sustrae como desafío el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Suprema de Justicia para proteger a la Amazonia colombiana como sujeto de derechos, ya que desapareció la concertación con las comunidades que habitan en el territorio como una estrategia de cumplimiento y protección.
- La inexistencia de mecanismos judiciales para atar a la Corte Constitucional al cumplimiento de su propio precedente constitucional es un desafío del derecho constitucional colombiano.

7. REFERENCIAS

- Arboleda, Z. y Cuenca, T. *Transformaciones territoriales y conflictos socio-ambientales. En Hasta cuando soñemos. Extractivismo e interculturalidad en el sur de La Guajira*. Colombia, Edición Archila, 2016.
- Blanco Acosta, Laura Camila. *Dos sentencias, dos nuevos sujetos de derecho y un nuevo camino para la militancia ambiental en Colombia*. [En línea]. Disponible en: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/dos-sentencias-dos-nuevos-sujetos-de-derecho-y-un-nuevo-camino-para-la-militancia-ambiental-en-colombia/>
- Fonseca González, Jair Gabriel. *La democracia participativa en Colombia: ¿falacia o realidad?*. Revista Derecho y Realidad. Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. ISSN: 1692-3936, Núm. 19 z I semestre de 2012.
- Garcés Villamil, M. y William Gabriel, R. *La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras*. Justicia Juris 11, 2015. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v11n1/v11n1a05.pdf>
- Ulloa, A. y Coronado, S. *Extractivismos y posconflicto en Colombia: retos para la paz*

17. En la sentencia T- 622 de 2016, la Corte Constitucional adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ordenó que se deberán diseñar y conformar, una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia.

territorial. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: https://www.cinep.org.co/publicaciones/PDFS/20160801b.territorios_estado.pdf

Normatividad

- Constitución Política de Colombia de 1991, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 134 de 1994, “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana” Colombia. *Diario Oficial No. 41.373*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0134_1994.html
- Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 136 de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” Colombia. *Diario Oficial No. 41.377*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html
- Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 270 de 1996, “Estatutaria de la administración de justicia” Colombia. *Diario Oficial No. 42.745*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 1757 de 2015, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática” Colombia. *Diario Oficial No. 49.565*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1757_2015.html

Jurisprudencia

- Relatoría Corte Constitucional, sentencia ST 411 de 1992, expediente No. T-785, junio 17 de 1992.
- Relatoría Corte Constitucional, sentencia SC 180 de 1994, expediente No. P.E. – 005, abril 14 de 1994.
- Relatoría Corte Constitucional, sentencia ST 154 de 2003, expediente T-2550727, marzo 21 de 2013.
- Relatoría Corte Constitucional, sentencia ST 014 de 2009, expediente T-2.112.744, abril 3 de 2009.

- Relatoría Corte Constitucional, sentencia SC 499 de 2015, expediente D-10626, agosto 5 de 2015.
- Relatoría Corte Constitucional, sentencia SC 389 de 2016, expediente D-11172, julio 27 de 2016.
- Relatoría Corte Constitucional, sentencia SU 354 de 2017, expediente T-5.882.857, mayo 25 de 2017.
- Relatoría Corte Suprema de Justicia, STC 3460-2018, Radicación N.º 11001-22-03-000-2018-00319-01, abril 5, 2018.
- Relatoría Corte Constitucional, Sentencia, SU 095 de 2018, expediente T-6.298.958, octubre 11 de 2018.
- Relatoría Corte Constitucional, sentencia SC 053 de 2019, expedientes D-12324 y D- 12328 (Acumulados), febrero 13, 2019.

CAPÍTULO XV

20 AÑOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA (1999 – 2019). LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS HITOS MÁS RELEVANTES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA¹

*Alan E. VARGAS LIMA**

1. RESUMEN

El presente trabajo pretende desarrollar algunos antecedentes sobre la creación del primer Tribunal Constitucional en Bolivia, la configuración constitucional del sistema de control plural de constitucionalidad de acuerdo a las normas previstas en la Constitución aprobada el 7 de febrero de 2009, y finalmente, el notable desarrollo jurisprudencial de algunos institutos jurídicos previstos en la Constitución, a través de las sentencias más relevantes emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional; ello con el fin de poner de relieve aquellas principales líneas jurisprudenciales creadas por el máximo órgano contralor de la constitucionalidad en el país durante sus dos décadas de vigencia, en la búsqueda de una mejor protección efectiva de los derechos humanos y fundamentales en Bolivia.

2. NOTA PRELIMINAR

Una breve revisión de las reformas y modificaciones del sistema constitucional boliviano, en cuanto se refiere al sistema de control de constitucionalidad, permite afirmar que el Estado

*Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Docente de la Universidad Privada Franz Tamayo (UNIFRANZ), del Centro de Capacitación Municipal (CCaM) y de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB). Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (www.abec.org.bo); del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. E-mail: alanvargas4784@gmail.com.

1. Este trabajo, constituye un resumen desarrollado sobre la base de algunos capítulos expuestos en el reciente libro de mi autoría: *Justicia Constitucional en Bolivia (1999 - 2019)*, Tomos I y II, editados con el apoyo de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC), el Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica – LATIN IURIS (Bolivia), y publicado en Cochabamba, Bolivia; Grupo Editorial Kipas, 2019..

boliviano en su desarrollo histórico-legislativo adoptó los diferentes modelos que se conocen en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional.

Así en un primer momento de su vida republicana (1826 – 1861), bajo la influencia del liberalismo francés, configuró un *modelo político de control de constitucionalidad* a través de un Consejo de Estado; en una segunda etapa (1861 – 1994) adoptó el modelo americano, es decir, *el sistema jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad* a través de la Corte Suprema de Justicia; en la tercera etapa (1994 – 2009) adoptó el modelo europeo, es decir, *el sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad* con la atribución exclusiva del control a un órgano especializado proveniente del modelo europeo, que fue denominado Tribunal Constitucional; y finalmente, en la cuarta etapa (2009 *hacia adelante*), se ha configurado constitucionalmente un *sistema predominantemente concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*, según el entendimiento desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de la interpretación de las normas establecidas por la Constitución aprobada el año 2009².

En atención a la delimitación temática del presente ensayo, en esta oportunidad únicamente nos interesará desarrollar con mayor amplitud, algunos antecedentes sobre la creación del primer Tribunal Constitucional en Bolivia, la configuración constitucional del control de constitucionalidad de acuerdo a las normas previstas en la Constitución aprobada el 7 de febrero de 2009, y finalmente, el notable desarrollo jurisprudencial de algunos institutos jurídicos previstos en la Constitución, a través de las sentencias más relevantes emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

3. ANTECEDENTES DE LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

En principio –y recordando las ideas del maestro mexicano Jorge Carpizo(†)–, cabe señalar que la existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializadas, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, “*a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la ley fundamental como norma decidida por el*

2. Un breve análisis exhaustivo sobre: “*La Evolución Histórica del Control de Constitucionalidad en Bolivia y su proyección hacia un modelo plural*”, fue presentado como ponencia en el Primer Congreso Nacional de Historia del Derecho y Educación Jurídica, que se desarrolló los días 26 y 27 de octubre del año 2017, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asimismo, el texto fue publicado en la Revista Precedente 2018, Vol.13 / Julio-Diciembre, 81-118. Cali – Colombia. En: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3021>.

Poder Constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos humanos. En una palabra, es la mejor defensa del orden constitucional”. De ahí que, sin importar la denominación que reciba (Tribunal o Corte Constitucional), “*es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la Ley Fundamental a través de las garantías constitucional-procesales. El Tribunal goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución*”.³

En el caso boliviano, y entre los antecedentes normativos de la implementación del control constitucional a través de un órgano especializado, debemos recordar que en virtud de la Ley N° 1585 de Reforma a la Constitución Política del Estado, promulgada en fecha 12 de agosto de 1994, se introdujeron diversas modificaciones al texto constitucional que se hallaba vigente sin cambio alguno desde el año 1967 hasta ese entonces, incluyendo la creación por mandato constitucional, de un *Tribunal Constitucional* en la vida institucional republicana.

En este sentido, mediante dicha reforma constitucional efectuada en 1994, se reformaron aproximadamente treinta y cinco (35) artículos de la Constitución boliviana; dichas modificaciones pueden resumirse en lo siguiente: **a) Inserción de los pueblos originarios y comunidades indígenas a la estructura social del Estado**, a cuyo efecto se definió la estructura social como multiétnica y pluricultural, así como de las bases de su organización como son la unión y la solidaridad; **b) Modificaciones en el sistema electoral**, cambiando el requisito de la edad para el ejercicio de la ciudadanía de 21 años que regía hasta entonces, a 18 años; **c) Fortalecimiento del entonces Poder Legislativo**, a través de la reforma del sistema de elección de los Diputados para devolverles legitimidad y representatividad, con la introducción del sistema del doble voto en circunscripciones uni y plurinominales; **d) Estabilidad y gobernabilidad en el ejercicio del gobierno nacional**, reformando las reglas para la elección congresal del Presidente y Vicepresidente de la República, en aquellos casos en los que ninguno de los candidatos obtenga mayoría absoluta de votos en las elecciones generales; **e) Plena vigencia y protección de los derechos humanos** como base del orden democrático constitucional, a cuyo efecto se ha creado la Defensoría del Pueblo con la misión de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación al sector público; **f) Fortalecimiento de los gobiernos locales autónomos** como

3. Cfr. CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Segunda edición. Serie: Cuadernos Constitucionales. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2017. Pág. 31.

unidades básicas del desarrollo sostenible sobre la base de la planificación participativa y el control social; g) *Seguridad jurídica y fortalecimiento del orden constitucional* reformando la estructura del entonces Poder Judicial (actual Órgano Judicial), mediante la creación del *Tribunal Constitucional* como máximo intérprete jurisdiccional de la Constitución, asignándole la función del control concentrado de constitucionalidad⁴.

Ahora bien, revisando los antecedentes de creación de ésta institución –y según nos recuerda el ex Magistrado René Baldivieso Guzmán–, la idea de crear un Tribunal Constitucional resultó polémica en Bolivia, ya que diferentes instituciones cívicas, políticas, forenses, académicas y otras representativas de la opinión pública, recibieron con algún escepticismo la iniciativa. Inclusive los órganos jerárquicos del entonces Poder Judicial (actual Órgano Judicial) sumaron su disidencia y protesta por la creación del Tribunal Constitucional.

De ahí que la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia no fue fácil, pues tuvo que enfrentar muchos obstáculos como la reacción de oposición cerrada e irracional de la entonces Corte Suprema de Justicia, así como algún sector del foro de Abogados, llegando inclusive a considerar como un “*Golpe de Estado*” la propuesta de su creación como organismo independiente de los demás órganos de poder, lo que inevitablemente dio lugar a que su configuración institucional en la Constitución no fuera óptima, y con el tiempo, se constituyó en uno de los factores que debilitó la eficacia de sus actividades⁵.

Sin embargo, la oposición radical de la Corte Suprema y las críticas “doctrinales” opositoras a la creación de un Tribunal Constitucional como un órgano de control constitucional independiente de los demás órganos de poder, nunca tuvieron asidero jurídico válido; en su lugar, el legislador constituyente, a través de la Reforma Constitucional del año 1994, y

4. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *Reforma Constitucional en Democracia*. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (editor). *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*. Santa Cruz, Bolivia: Editorial El País, 2002. Págs. 5-8. A ello se debe agregar, que dicha reforma constitucional indudablemente se constituye en un hecho trascendental con una importancia histórica sin precedentes dentro de la evolución del sistema constitucional boliviano, puesto que en aquella oportunidad, y por vez primera en la historia republicana del país, se reformó la Ley Fundamental dando cumplimiento a los mecanismos y procedimientos especialmente previstos al efecto por la propia Constitución, vale decir, que se aprobó, sancionó y promulgó la Ley de Reforma Constitucional de 1994, en observancia de las normas previstas por los artículos 230 al 232 del texto constitucional vigente en esa época..

5. Ciertamente, las críticas y la oposición llegaron al extremo de calificar la decisión del legislativo como un Golpe de Estado, dando lugar a que el constitucionalista español Francisco Fernández Segado, en su trabajo sobre “La Jurisdicción Constitucional en Bolivia”, expresara la siguiente opinión: “*de modo realmente absurdo y disparatado, llegaba a advertir que con la constitucionalización del Tribunal se estaría vulnerando flagrantemente toda la estructura constitucional a través de un verdadero golpe de Estado con el objeto indisimulado de dividir la autoridad de la Magistratura Suprema*”. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional: una década transitando un sendero con obstáculos*. En: Revista Opiniones y Análisis N° 90. Los árbitros de la vida institucional boliviana. La Paz, Bolivia: Fundemos, 2008. Págs. 47-48.

considerando la importancia de la creación del nuevo órgano de control de constitucionalidad, así como la necesidad de promover la defensa de los derechos humanos en el país, creó el Tribunal Constitucional –que comenzó a ejercer sus funciones jurisdiccionales en el mes de junio de 1999⁶–, incorporándolo como parte constitutiva del entonces denominado “Poder Judicial”, vale decir, como uno de sus órganos jurisdiccionales especializados, encargado de realizar el control de constitucionalidad, debiendo ejercer dicho control sobre todos los actos, resoluciones y decisiones de los demás órganos de poder, con independencia de cualquier otra autoridad estatal, en su labor jurisdiccional, es decir, colocado fuera del alcance de los poderes públicos cuyos actos controla, estando sometido solamente a la Constitución.

Por otro lado, en cuanto se refiere al modelo de control de constitucionalidad vigente, cabe hacer notar que, en opinión de algunos autores, el sistema de control de constitucionalidad adoptado por el Estado boliviano en la reforma constitucional efectuada el año 1994 (y que se mantuvo en la reforma del año 2004) no era en esencia un sistema de control concentrado puro, sino por el contrario, un sistema en el que concurrían los elementos del modelo *americano* como también del *europeo*⁷; sin embargo, interpretando el verdadero alcance de las normas que consagran el sistema de control de constitucionalidad que nació en la citada reforma constitucional de 1994, vale decir, de las competencias que la Constitución le asignaba al reciente Tribunal Constitucional, se extrae con toda claridad que el legislador

6. En el solemne acto de inicio de las labores jurisdiccionales, el ex Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky(†), afirmó enfáticamente: “*El Tribunal hablará a través de sus fallos y no hará declaraciones que no sean constitucionales. Estará atento a las inquietudes políticas y sociales que tengan relación con su labor, pero no aceptará presiones interesadas ni críticas subjetivas. Se colocará por encima de las pasiones, de las rencillas parroquiales y de los intereses subalternos. Será austero y discreto; pero reclamará el sitio que corresponde a la dignidad de la Constitución. A la legalidad de su elección tratará de agregar la legitimidad de su actuación, para merecer la confianza de las sociedades política y civil, requisito indispensable para cualquier obra de trascendencia nacional. Puesto que tenemos una misión muy alta que cumplir, nos revestiremos con la humildad del misionero; pero seremos inflexibles en el cumplimiento del deber. Y como esta misión será ardua y compleja, es posible que nos equivoquemos; pero no nos desviaremos. En otras palabras: puede que no seamos infalibles; pero seremos insospechables*”; y es que, ciertamente, la labor que desarrolla el Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional) en Bolivia, demanda en todo tiempo, de esa magnitud de probidad en sus Magistrados. Cfr. *Discurso del señor Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Pablo Dermizaky Peredo* (Mayo 31, Salón del Senado de la Casa de la Libertad). En: PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Labores Judiciales 1999*. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial, 2000. Págs. 181-187.

7. En este sentido se ha pronunciado el ex Magistrado del Tribunal Constitucional, José Antonio Rivera Santivañez, quien desarrollaba su tesis sosteniendo que: “*por un lado, a través de la referida reforma constitucional (de 1994), se ha creado el Tribunal Constitucional como el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad y máximo intérprete de la Constitución, lo que encuadra el sistema adoptado en el modelo europeo. Pero por otra parte, el Constituyente no modificó el texto del artículo 228 de la Constitución reformada, por cuyo mandato los tribunales y jueces, al revolver un caso concreto dentro de un proceso judicial, tienen la obligación de no aplicar las disposiciones legales que sean contradictorias o incompatibles con las normas previstas en la Constitución, lo cual constituye un acto de control de constitucionalidad y se encuadra en el modelo americano del ‘judicial review’ o revisión judicial*”. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *Recurso de Inconstitucionalidad en Bolivia*. En: VEGA GOMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (Coords.). *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Págs. 583-603. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=344>.

constituyente, le encomendó a éste órgano jurisdiccional, las tres funciones esenciales que el control de constitucionalidad representa: 1) *el control normativo de constitucionalidad*, 2) *el control de los límites del ejercicio del poder político*, 3) *el control sobre la salvaguarda de los derechos y garantías*; debiendo considerarse que la idea que subyace al modelo de control concentrado de constitucionalidad que nació en la reforma de 1994⁸, fue confirmada en la Ley de desarrollo constitucional, esto es, la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional (LTC), que estableció como fines de este Tribunal, ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados (artículo 1.II), disponiendo expresamente en su artículo 44, que: *“Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales”*; en consecuencia, todos los tribunales, jueces y autoridades públicas, estaban obligados por Ley, a aplicar en sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional (artículo 4). Dichas normas estuvieron plenamente vigentes en Bolivia, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N°27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley del TCP).

4. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA

Actualmente, y según la norma prevista por el artículo 179, parágrafo III de la Constitución Política del Estado aprobada el año 2009, la justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)⁹, órgano jurisdiccional que por mandato del

8. Se debe recordar que inicialmente, el profesor Jorge Asbun, en su estudio dedicado a analizar la evolución y perspectivas del Control Constitucional en Bolivia, afirmó de manera inequívoca que: *“En Bolivia, la reforma de 1994, incorporó a la Constitución a través de los artículos 116 y siguientes el modelo de control concentrado de constitucionalidad, encargando al Tribunal Constitucional, mediante el artículo 119, las siguientes atribuciones: control de constitucionalidad, defensa de los derechos fundamentales, conflictos de competencia interorgánicas y demandas respecto a procedimientos de reforma constitucional”*. ASBUN, Jorge. *Control Constitucional en Bolivia. Evolución y Perspectivas*. En: Revista Constitucional. Número 3. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial, 1999, Págs. 149-150. Años más tarde, estas ideas serían confirmadas por autores internacionales estudiosos de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica; así por ejemplo, el profesor chileno Humberto Nogueira llegó a afirmar que *“en Bolivia existe un sistema de control constitucional centralizado en un único órgano especializado, integrado por letrados, con un ámbito amplio de competencias, que ejerce dicha jurisdicción con plena independencia de todo otro órgano, tanto respecto de normas como de actos inconstitucionales, por vía de acción y de excepción, teniendo sus sentencias efectos de cosa juzgada, sin existencia de recurso ulterior. Existe así en Bolivia un auténtico Tribunal Constitucional”*. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del Siglo XXI*. Cochabamba, Bolivia: Editorial Kipus, 2006. Pág. 129.

9. Es importante resaltar que la voz: *“Tribunal Constitucional Plurinacional”*, ha sido incluida en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional, en donde se describe su naturaleza, estructura, organización y funciones, de acuerdo al marco constitucional y legal que regula dicha institución. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otros (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo II. México: Poder Judicial

artículo 196 del mismo texto constitucional, debe velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el *control de constitucionalidad*, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

En virtud de lo dispuesto por las referidas normas constitucionales, Rivera Santivañez indica que es posible inferir que el Constituyente ha decidido mantener el modelo concentrado (europeo – kelseniano) de control de constitucionalidad, encomendando dicha labor a un organismo especializado cual es el Tribunal Constitucional Plurinacional, aunque con algunos rasgos del modelo americano de “revisión judicial”; “(...) *empero, ha introducido importantes reformas a la estructura institucional del mencionado órgano de control de constitucionalidad, al ámbito de sus funciones y atribuciones, asimismo a la configuración procesal de los procesos constitucionales que debe conocer y resolver; reformas que en el futuro podrían anular el control de constitucionalidad y, en su caso, permitir se instrumentalice la Justicia Constitucional para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico del poder político*”.¹⁰

En efecto, dicho autor sostiene su tesis señalando que en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio para anular y expulsar del ordenamiento jurídico, las disposiciones legales infraconstitucionales que sean incompatibles con la Constitución, por contradecir e infringir sus preceptos; empero, en esa labor participan los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, promoviendo la Acción de Inconstitucionalidad concreta. De otro lado, en el ámbito del control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio de esa función, a través del conocimiento y resolución de las acciones de conflictos de competencia; sin embargo, en el ámbito de control tutelar de los derechos fundamentales, la labor es realizada por los jueces y tribunales de garantías constitucionales en primera instancia, y el Tribunal Constitucional Plurinacional interviene posteriormente, conociendo y resolviendo las acciones tutelares en grado de revisión de oficio¹¹.

de la Federación – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. Págs. 1217-1220.

10. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *El Nuevo Sistema Constitucional del Estado Boliviano*. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (editor). *Estudios sobre la Constitución aprobada en enero de 2009*. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2009. Pág. 43.

11. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia*. En: BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (editores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela (2009)*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2010. Págs. 33-42. Disponible en: <http://bit.ly/2cftpvIO>.

Asimismo, Rivera Santivañez señala que uno de los fundamentos para sostener la tesis de que el modelo adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia es el europeo – kelseniano, con resabios del modelo americano de control de constitucionalidad, lo que equivale a un *sistema de control mixto*¹², se encuentra en las normas previstas por el artículo 410, parágrafos I y II de la Constitución, por cuyo mandato, todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

Según el citado autor, el modelo adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia, no es un modelo puro, sino que mantiene los resabios del modelo americano, conocido clásicamente como el modelo de control jurisdiccional difuso, porque las normas previstas por el artículo 410 de la Constitución, al proclamar el principio de la supremacía constitucional y el principio de la jerarquía normativa, implícitamente faculta a los jueces y tribunales a inaplicar la ley, decreto o resolución cuyas normas sean contrarias a la Constitución.

*“Por consiguiente –concluye Rivera Santivañez–, todo juez o tribunal ordinario, que tenga la seguridad de que la norma legal sobre cuya base deberá dictar su resolución o sentencia, es contraria a la Constitución, tiene la obligación de no aplicar dicha norma por inconstitucional, y sólo en aquellos casos en los que tenga duda y no certeza, o pretenda que la disposición legal sea anulada a través de una sentencia constitucional con efecto erga omnes, deberá promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad”.*¹³

12. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado Boliviano*. En: BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y MORALES, Antoniazzi (Coords.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo I. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. Págs. 645-679.

13. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*. Tercera Edición actualizada con la Constitución y la Ley N°27. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2011. Págs. 130-131. En sentido similar se pronuncia el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, quien luego de visibilizar algunas “ventanas” para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas en Bolivia, concluye señalando que: *“En el caso boliviano, la nueva constitución de 2008/9 parece inclinarse hacia un sistema de control concentrado, es decir, no difuso, monopolizado por el Tribunal Constitucional. No obstante, existen algunos párrafos constitucionales, y el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial, que abonan la posibilidad de un cierto control difuso o desconcentrado. El tema es complejo y opinable, y será bueno que resulte definido prontamente por el Tribunal Constitucional Plurinacional”*. Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *El Control Difuso de Constitucionalidad. Su proyección en Bolivia*. En: PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO A LA CONCERTACIÓN Y AL ESTADO DE DERECHO (GTZ) – VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (editores). *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Memoria de la Conferencia Internacional. La Paz, Bolivia: Editora PRESENCIA, 2010. Págs. 51-62. No obstante, compartimos el criterio del profesor Jorge Asbun, cuando aclara que en el caso boliviano, se instituyó un Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional), al cual se le atribuyó la potestad para proteger la Constitución, y cuyos pronunciamientos tienen calidad de cosa juzgada; *“(…) Esto no constituye*

Esta postura, ciertamente concuerda con la posición adoptada por el jurista español Fernández Segado¹⁴, cuando señala que una opinión doctrinal muy generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos; vale decir, que actualmente ya no es posible hallar modelos “puros” de control de constitucionalidad adoptados en los países de Iberoamérica, no pudiendo señalarse que en determinado país predomine sólo el modelo difuso o impere únicamente el modelo concentrado de control de constitucionalidad, dado que la tendencia actual en el mundo contemporáneo, respecto al control jurisdiccional de las leyes y su funcionamiento, revela que ambos modelos se hallan en vías de llegar a su progresiva unificación, sin perjuicio de los mecanismos propios de justicia constitucional que se han configurado en varios países de Latinoamérica.

No obstante lo anterior, se considera necesario aclarar que la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley del TCP), ciertamente mantiene en su contenido algunas normas que llegan a sustentar el control concentrado de constitucionalidad en Bolivia, de acuerdo a lo siguiente:

El artículo 109 de la Ley del TCP, establecía que la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, *procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto y todo género de Ordenanzas y Resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos* (norma derogada por el Código Procesal Constitucional, que en su artículo 73, numeral 2, contiene similar previsión), debiendo ser promovida la acción de inconstitucionalidad, por el juez¹⁵, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia

un obstáculo para que Jueces y Tribunales Departamentales conozcan las Acciones de Defensa como la Acción de Amparo, Acción de Libertad y otras; e incluso, de que sus resoluciones deban ser cumplidas inmediatamente (artículo 40.I del Código Procesal Constitucional) o que inicialmente resuelvan conflictos de competencia (artículo 102 del Código Procesal Constitucional) o que dependa de ellos promover o no la acción de inconstitucionalidad concreta (artículo 80.II del Código Procesal Constitucional). Pero, a partir de allí, no puede afirmarse de manera alguna que el modelo boliviano sea mixto y tampoco que sea difuso, porque en este caso los pronunciamientos de jueces y tribunales departamentales no causan estado, solamente tienden a proteger de forma pronta a los ciudadanos”. ASBUN, Jorge. “¿Es posible un control difuso de constitucionalidad?” (La Gaceta Jurídica, 14/10/2014). Disponible en: <http://bit.ly/2cs7E3D>.

14. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La progresiva convergencia entre los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Serie Estudios Jurídicos N°64. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=1503>.

15. En este sentido el Auto Constitucional N°0062/2012-CA de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional estableció que todo juez al que se le solicite promueva un incidente de inconstitucionalidad, debe: “(...) 1. Admitir el incidente mediante auto motivado, cuando considere que efectivamente existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma porque no admite ninguna interpretación constitucionalmente adecuada (...) 2. Rechazar el incidente mediante auto motivado cuando considere que no existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma porque admite al menos una interpretación constitucionalmente adecuada; vale

de parte, de acuerdo a lo previsto por el artículo 79 del mencionado Código.

Lo referido anteriormente, determina claramente que ningún juez, tribunal u órgano administrativo está autorizado para inaplicar norma jurídica alguna, dado que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma del ordenamiento a ser aplicada al caso concreto que ha de resolver, debe promover inmediatamente el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, y éste entendimiento interpretativo concuerda plenamente con lo establecido en el artículo 5 de la misma Ley del TCP, cuando establece que *se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad.*

Como se puede ver, la norma de desarrollo constitucional reconoce que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su calidad de máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, es el único órgano autorizado para inaplicar normas o dejar sin efecto los actos de los órganos del Estado cuando éstos se hallaren en abierta contradicción con los principios y valores constitucionales, todo lo cual es plenamente incompatible con un sistema de control “difuso”¹⁶; razón por la cual, si bien es respetable la posición del profesor Rivera Santivañez, no es posible compartirla plenamente.

A lo indicado, debe agregarse que la misma Constitución boliviana aprobada el año 2009, consagra como atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional, absolver *las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional,*

decir, entiende que la ley es constitucional porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución”; entendiendo dicho Auto Constitucional, que si un juez rechaza un incidente de inconstitucionalidad por encontrar que la norma impugnada admite al menos una interpretación constitucional independientemente a la revisión que efectúe al Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional debe: “... *aplicar la norma que considera constitucional con los fundamentos de interpretación que asumió en la resolución de rechazo...*”, pues no puede ser incongruente entre el argumento que sostuvo a tiempo de rechazar el incidente de inconstitucionalidad y la resolución de fondo de la problemática.

16. A su vez, este criterio concuerda plenamente con la posición adoptada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, en donde a raíz de algunas cuestiones formuladas por la Secretaría Permanente a los Magistrados de los países asistentes al evento, y en relación a si el control jurisdiccional de la Constitución es concentrado, difuso o mixto, se estableció que: “*Los modelos de control constitucional se pueden dividir en dos grandes grupos: (i) puramente concentrado y (ii) mixto, y estos, a su vez, pueden ser, tanto en uno como en otro, a priori y a posteriori. Entre los países que enviaron sus respuestas, ninguno posee un sistema de justicia constitucional exclusivamente difuso. Dentro de los que su sistema de justicia constitucional es puramente concentrado se encuentran Bolivia, Costa Rica, Chile, Perú, Paraguay, Andorra y Panamá. En Bolivia, la competencia del control de la constitucionalidad recae sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional, y «no existe previsión normativa que autorice a jueces o autoridades administrativas a inaplicar una norma que se considere inconstitucional». En caso de que en el curso de un proceso judicial se plantee la inaplicación de una norma por vicios de inconstitucionalidad, la autoridad juzgadora deberá promover la acción ante el Tribunal Constitucional Plurinacional para que sea este el que resuelva la cuestión”.* Cfr. X CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: “*Normatividad y Supremacía Jurídica de la Constitución*” (Santo Domingo, 12-15 de marzo de 2014). Disponible en: <http://bit.ly/2bnOk4K>.

del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, en cuyo caso la decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.

A su vez, tiene la atribución de absolver inclusive *las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicables a un caso concreto*, y en consecuencia, la decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria, lo que corrobora el entendimiento interpretativo expuesto, de que la misma Constitución como Ley Fundamental del ordenamiento jurídico, encomienda el control de constitucionalidad de manera exclusiva al Tribunal Constitucional Plurinacional¹⁷.

En definitiva, y de acuerdo a su configuración constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido instituido como el *máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*¹⁸, con la cualidad adicional de defensor de los Derechos Fundamentales, y por lo mismo, tiene como funciones principales: *velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales*, garantizando así la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y vigencia plena de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas (artículo 196.I CPE).

17. Este análisis normativo, se basa en el razonamiento expuesto por el ex Magistrado Decano del Tribunal Constitucional, Dr. Willman R. Durán Ribera(†), en su interesante trabajo sobre: *El Sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia*, tema ampliamente analizado y presentado en el Seminario Internacional sobre Justicia Constitucional y Estado de Derecho. Cfr. VI SEMINARIO INTERNACIONAL: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, (Sucre, 26 y 27 de junio de 2003). Memoria N° 7. Sucre, Bolivia: Editorial Tupac Katari, 2003. Págs. 187-202.

18. El Tribunal Constitucional de Bolivia, se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, y se encarga de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, así se infiere de las normas previstas por la Ley Fundamental. “*Es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o erga omnes, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución. (...)*”. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Sucre, Bolivia: GTZ – PADEP, Unión Europea, AECI, 2007. Págs. 58-59.

5. EL NUEVO MODELO DE CONTROL PLURAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL¹⁹

Por otro lado, y para verificar la reciente transformación que se ha producido en el sistema de control de constitucionalidad boliviano, cabe señalar que como consecuencia de la aprobación de la Constitución Política del Estado en el año 2009, se ha producido una reconfiguración del Estado boliviano, diseñándolo como un Estado Plurinacional, al abrigo de un modelo constitucional basado en el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización²⁰, marcando así la era de la “*última generación del constitucionalismo boliviano*” con rasgos y particularidades específicas que lo caracterizan y diferencian de los demás modelos constitucionales, especialmente de aquellos con raíces en el constitucionalismo europeo²¹.

Es así que se ha llegado a configurar un *sistema plural de control de constitucionalidad*, con bases notorias en el sistema jurisdiccional concentrado de control constitucional, que estuvo vigente hasta antes de la aprobación del nuevo texto constitucional de 2009 en Bolivia; empero, esta vez, se agrega un componente *plural* (por el reconocimiento de la estructura societal diversa) e *inclusivo* (acorde al principio de igualdad y no discriminación), cuyo objetivo es precisamente asegurar la vigencia del pluralismo como elemento fundante del Estado y también con la finalidad de garantizar a través de la interpretación constitucional, el modelo de constitucionalismo fuerte basado en la justicia e igualdad.

En este sentido, y acerca de este sistema de control plural de constitucionalidad diseñado en la Constitución Política del Estado aprobada el año 2009, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el reconocimiento transversal de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, abarca también al campo jurídico, pues existe un reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario que deriva del reconocimiento constitucional de la igual jerarquía de la jurisdicción indígena originaria campesina con la ordinaria (art. 179.II de la CPE) y del sistema jurídico ordinario con el sistema indígena originario campesino. Entonces, el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario parte

19. Este acápite, se encuentra desarrollado en el libro de mi autoría: *La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional. Bases del modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*; editado con el apoyo de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC), y publicado en Cochabamba, Bolivia: Editorial Kipus, 2017.

20. Cfr. ATTARD BELLIDO, María Elena. *La última generación del Constitucionalismo: el Pluralismo descolonizador intelectual y sus alcances en el Estado plurinacional de Bolivia*. En: *Lex social: revista de los derechos sociales*, julio-diciembre 2012. Págs. 133-162. Disponible en: <http://bit.ly/1TS1wRS>

21. Cfr. ATTARD BELLIDO, María Elena. *Estándares jurisprudenciales, principios y directrices supra-estatales vinculados a derechos colectivos y difusos a ser aplicados en el Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en: <http://www.auditoriajudicialandina.org/?p=5729>.

de un dato real: la coexistencia dentro del territorio boliviano de diferentes sistemas jurídicos, que tienen sus propias normas, instituciones, autoridades encargadas de administrar justicia y procedimientos para la resolución de sus conflictos, que tiene como base valores, principios y lógicas distintas a la occidental.

La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al artículo 179 de la CPE, forma parte del Órgano Judicial, haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (art. 30.II.5 de la CPE) y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

No obstante lo señalado, la jurisdicción indígena originaria campesina, al igual que las demás jurisdicciones, se encuentra limitada por el respeto de los derechos fundamentales a la vida, a la defensa, y demás derechos y garantías establecidas por la Norma Fundamental (art. 190.II de la CPE), debiendo añadirse, además, a los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conforme a ello, la Constitución Política del Estado, sobre la base del carácter plurinacional del Estado y el *principio de interculturalidad*, ha diseñado la justicia constitucional a través del Tribunal Constitucional Plurinacional, como la institución encargada de ejercer el control constitucional sobre la actividad de todas las jurisdicciones y, en general sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se entable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia: el ordinario y el indígena originario campesino.

En ese ámbito, el *pluralismo jurídico* cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); así como el *principio de unidad* de la función judicial (art. 179 de la CPE), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común, el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales, y la obediencia a la Constitución Política del Estado, encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades, están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano.

En ese sentido, debe señalarse que *la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.*

Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígenas originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; pero además debe considerarse que la Ley Fundamental fue el resultado de un proceso dialógico en el que intervinieron los diferentes sectores de la población boliviana y, claro está, también las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que tuvieron un rol protagónico para la consolidación del Estado Plurinacional.

Conforme a ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce el control de constitucionalidad de manera plural en tres dimensiones:

- 1) *Control del respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales o ámbito tutelar:* A través de éste se verifican si las autoridades, funcionarios públicos o particulares, amenazaron con lesionar o lesionaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Este control comprende a las *acciones de defensa*: de libertad, de amparo constitucional, de protección a la privacidad, de cumplimiento y popular. También se encuentra dentro de este ámbito de control el *recurso contra resoluciones de la asamblea legislativa plurinacional*, que afecten a uno o más derechos; sin embargo, en este caso el recurso se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.
- 2) *Control de competencias:* Dentro de este ámbito de protección, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá: a) Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; b) Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre éstas; c) El recurso directo de nulidad; y, d) Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

3) *Control normativo de constitucionalidad*: por el cual se verifican las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones constitucionales y de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. El control normativo de constitucionalidad es ejercido a través de diferentes acciones, siendo una de ellas la *acción de inconstitucionalidad*, que puede asumir la forma abstracta o concreta (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0300/2012, de fecha 18 de junio de 2012).

Cabe agregar, por otro lado, que las Sentencias Constitucionales Plurinacionales N°1227/2012 y N°2143/2012, entre otras, establecieron con claridad que *el Estado Plurinacional de Bolivia, adoptó a partir de la aprobación de la Constitución Política del Estado del año 2009, un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad*.

En efecto, de manera detallada, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2143/2012, de 8 de noviembre, para establecer el sistema de control de constitucionalidad imperante, desarrolló, las características tanto del sistema de control político de constitucionalidad como del sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad. El citado entendimiento jurisprudencial, señaló que *a partir de la reforma constitucional de 1994, Bolivia adoptó un sistema preeminentemente concentrado de control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional*, el cual, ejerció roles preventivos y reparadores de control de constitucionalidad, cuyo ejercicio fue desarrollado orgánica y competencialmente por la anterior Ley N°1836 de 1° de abril de 1998, denominada Ley del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional antes aludida, precisó también que luego de la “reforma constitucional de 2009”(sic), el Estado Plurinacional de Bolivia, adopta un *sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad*, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus Magistradas y Magistrados con composición plural y electos por sufragio popular.

En el marco de lo señalado, se establece que el control plural de constitucionalidad, cuya máxima instancia está encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce todos los roles jurisprudenciales disciplinados en la parte orgánica de la Constitución, de manera específica en el art. 202.1 de la CPE, concordante con el art. 196.I de la Norma Suprema; por tanto, al existir una instancia imparcial, independiente y especializada en justicia plural constitucional, se colige que *en el Estado Plurinacional de Bolivia, impera un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad*, instancia a la cual la

función constituyente encomendó tanto el cuidado del bloque de constitucionalidad como el resguardo a los derechos fundamentales, en su faceta de derechos individuales o derechos con incidencia colectiva (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0778/2014, de fecha 21 de abril de 2014).

Finalmente, cabe agregar que recientemente se ha puesto en vigencia la Ley N° 1104 de 27 de septiembre de 2018, que tiene por objeto crear Salas Constitucionales dentro de la estructura de los Tribunales Departamentales de Justicia, con dependencia funcional del Tribunal Constitucional Plurinacional; a cuyo efecto, y actuando como *tribunales de garantías constitucionales*, son competentes para conocer y resolver: a) Acción de Libertad; b) Acción de Amparo Constitucional; c) Acción de Protección de Privacidad; d) Acción de Cumplimiento; e) Acción Popular; f) Otras previstas en la Ley N° 254 que aprueba el Código Procesal Constitucional, para jueces y tribunales de garantías, teniendo presente además que: *“Por mandato constitucional, las Acciones de Libertad también podrán ser interpuestas ante jueces y tribunales en materia penal”*. En todo caso, la misma Ley prevé que la tramitación de las Acciones de Defensa ante las Salas Constitucionales, Tribunales o Juzgados competentes, se efectuará conforme al procedimiento establecido en la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Constitucional, así como la remisión de los antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional.

6. EL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA. HITOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES

6.1. El nuevo sistema procesal penal

Uno de los aportes más trascendentales del Tribunal Constitucional boliviano en su primera época (1999 - 2007), fue el establecimiento de las líneas jurisprudenciales básicas que marcaron el tránsito procesal del modelo *inquisitivo* al modelo *acusatorio*, a través de una interpretación de la Ley procesal penal boliviana, desde y conforme a la Constitución, situándose así como uno de los principales promotores para la consolidación del cambio procesal en nuestro país.

De ahí que, resulta imprescindible hacer referencia a la famosa **Sentencia Constitucional N°1036/2002-R, de 29 de agosto** (en la cual, el Dr. Willman Durán Ribera(†) como Magistrado relator, interpretó desde la Constitución, la tendencia político criminal del Código de Procedimiento Penal de 1999), que estableció entre sus fundamentos jurídicos, lo siguiente:

“(...) la Etapa Preparatoria (...) se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria, y 3) Conclusión de la etapa preparatoria. 1) La primera fase, es decir, los actos iniciales o de la investigación preliminar (arts. 284 y siguientes CPP), comienza con la denuncia, querrela o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía-Fiscalía), sobre la comisión de un delito. 2) La segunda fase, esto es, el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (arts. 301.1 y 302 CPP), y representa el inicio del proceso penal. Los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el art. 301 no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal. 3) La tercera fase se denomina conclusión de la etapa preparatoria, y está constituida por los ‘actos conclusivos’, entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez o presidente del Tribunal (art. 323 CPP)”.

Sobre la base de esa delimitación de las fases que integran la etapa preparatoria del proceso penal, el Tribunal Constitucional interpretó la norma prevista por el primer párrafo del art. 134 desde y conforme a la Constitución, aplicando los principios de la unidad y la concordancia práctica; en ese orden se debió armonizar la norma interpretada con las normas procesales que están orientadas a resguardar y proteger, de un lado, los derechos y garantías de los imputados; y, de otro, de las víctimas, además de preservar la eficacia de la aplicación efectiva de la coerción penal, de manera tal que se pueda lograr un equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y garantías, para que el Estado pueda cumplir eficazmente las tareas de defensa social.

Con esas consideraciones, y efectuada la labor hermenéutica, el Tribunal Constitucional concluyó que la solución acorde con el sistema procesal penal y el orden constitucional era que el proceso penal se inicia con el acto procesal por el cual el Juez Cautelar pone en conocimiento del encausado o imputado, la imputación formal presentada por el Ministerio Público; así lo expresó en la Sentencia objeto de análisis: *“De lo anterior se extrae que, aunque la ley no lo diga claramente, el proceso penal se inicia con la imputación formal, a partir de la cual corre el término de los seis meses de duración de la Etapa Preparatoria establecida por el párrafo primero del art. 134 CPP, cuando textualmente dice: ‘La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis meses de iniciado el proceso’ (...) Queda claro que, razones de ‘técnica legislativa’ no permitieron que esto quedara explícitamente establecido, sino de manera implícita”.*

En consecuencia, a través de dicha Sentencia Constitucional fundante, el Tribunal Constitucional creó la subregla que define el inicio del proceso penal, extrayéndola de la

norma implícita del primer párrafo del artículo 134 del Código de Procedimiento Penal; de manera que creó un precedente obligatorio con el que se definió de manera clara y precisa el inicio del proceso penal y el momento en que se inicia el cómputo del plazo de duración máxima de la etapa preparatoria del juicio oral, poniendo fin a las diversas interpretaciones que se venían realizando de la norma procesal al respecto²²; asumió una solución que armonizó la finalidad garantista de salvaguarda de los derechos fundamentales del nuevo sistema con la eficacia del ejercicio de la potestad del *ius puniendi* del Estado como defensa social; porque como sostuvo el Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia:

“De lo expresado, resulta predecible que la aplicación pura de cualquiera de las dos tendencias (se refiere al sistema inquisitivo y al sistema acusatorio), conduce a resultados previsiblemente insatisfactorios. Así, un modelo procesal penal que persiga la eficacia de la aplicación efectiva de la coerción penal en sacrificio de los derechos y garantías que resguardan la libertad y dignidad humana, sólo es concebible en un Estado autoritario. Del mismo modo, un modelo procesal de puras garantías convertiría a los preceptos penales en meras conminaciones abstractas sin posibilidad real de aplicación concreta, dado que la hipertrofia de las garantías neutralizaría la eficacia razonable que todo modelo procesal debe tener.

De ahí que la tesis que propugna el equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y garantías, se constituye en la síntesis que busca cumplir eficazmente las tareas de defensa social, sin abdicar del resguardo de los derechos y garantías del imputado; bajo esta concepción político-criminal han sido configurados los más recientes códigos procesales de nuestro entorno (República Dominicana: 1984, Costa Rica: 1996, Paraguay: 1998 y Bolivia: 1999, entre otros)”.

22. Ciertamente, en la aplicación de las normas procesales glosadas emergieron problemas de interpretación con relación a los siguientes temas: a) el momento en que se considera iniciado el proceso a los fines del cómputo del plazo de duración máxima de la etapa preparatoria (SC 1036/2002-R); b) a partir de qué momento se computa el plazo cuando existe una pluralidad de imputaciones formuladas sucesivamente (SC 173/2003-R); c) oportunidad en que debe presentarse la imputación formal (SC 1036/2002-R), y d) si la extinción se opera de hecho o de derecho (SC 764/2002-R). Estos aspectos, son analizados y explicados con bastante claridad en el trabajo de: RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *El Precedente Constitucional emanado de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su impacto en el ordenamiento jurídico y la actividad de los Órganos Estatales en Bolivia*. En: Revista Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, julio, 2006, pp. 33-65, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040203> Posteriormente, y complementando el entendimiento sobre los alcances de la etapa preparatoria en el proceso penal, el Dr. Willman Durán Ribera(†) relató la Sentencia Constitucional N°0760/2003-R, de 4 de junio, en donde estableció algunas precisiones necesarias sobre la remisión física del imputado ante el Juez; sobre las exigencias de fundamentación de la imputación formal; el significado de imputar y los elementos necesarios de una imputación formal; el momento oportuno en que el Fiscal debe realizar dicha imputación formal; los efectos de la imputación formal; y el requisito indispensable de la audiencia en que se dispone la detención preventiva: *la presencia del imputado para garantizar el derecho a la defensa y la vigencia de la inmediación y oralidad que rige el nuevo proceso penal.*

De la jurisprudencia glosada, es posible concluir en sentido de que la política criminal diseñada por la Constitución, se sustenta básicamente en el equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia de la persecución penal y la salvaguarda de los derechos y garantías que la Constitución proclama; por tanto, al ser la Constitución el instrumento jurídico fundamental del país (*parámetro normativo superior que preside la interpretación*), los preceptos procesales descritos por ésta constituyen el marco general básico, tanto para los legisladores como para los operadores jurídicos; consiguientemente, el entendimiento jurisprudencial aludido será la línea rectora que informe la interpretación que se haga sobre el régimen de la detención preventiva y sus medidas sustitutivas, previstas en el Código de procedimiento penal.

No obstante lo señalado, conviene añadir también que la jurisprudencia constitucional reciente ha precisado que si bien la SC 1036/2002-R, desarrolló su razonamiento e interpretación sobre lo establecido en el Código de Procedimiento Penal (arts. 300, 301 y 302 del CPP), sin embargo, no es menos cierto que esta normativa fue modificada a partir de la vigencia de la Ley N° 007 de “Modificaciones al Sistema Normativo Penal”, diseñada por el legislador, bajo una nueva coyuntura y política criminal reflejada en la realidad social que atraviesa el país, además, cuando la nueva Ley Fundamental estaba vigente. Consiguientemente, nos encontramos con una nueva normativa procesal penal que modifica el término de la investigación preliminar, estableciendo un plazo superior para el efecto, otorgando más tiempo a la Policía Boliviana para que realice las investigaciones preliminares bajo dirección funcional del Fiscal de Materia, razón por la cual, la jurisprudencia que interpretó esta situación, ya no tiene efecto alguno, justamente porque ya fue modificada, correspondiendo en todo caso, considerar los nuevos plazos procesales y si los mismos, se encuentran compatibles con la Constitución y si son razonables para su aplicación.

“Consecuentemente, a partir de la vigencia de la Ley 007, el plazo para que el Fiscal presente la imputación formal debe ser entendida, cuando conozca el informe y las diligencias realizadas por la Policía Boliviana, investigación que de ninguna manera puede superar los veinte días; en su caso, noventa días y finalmente en casos complejos previa justificación fundamentada, puede requerirse por un prórroga razonable; aspecto jurídico que debe ser atendido a cabalidad por el Ministerio Público y los Jueces cautelares de todo el Estado Plurinacional” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1128/2013, de 17 de julio de 2013).

6.2. Amparo Constitucional contra Sentencias Judiciales con aparente calidad de cosa juzgada

Para comprender la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de los alcances de la protección que brinda el Amparo Constitucional, resulta pertinente recordar las enseñanzas del profesor Dr. Pablo Dermizaky(†)²³, quien en su interesante ensayo sobre: *“Justicia Constitucional y Cosa Juzgada”*, abordaba algunos aspectos referidos a la fuerza normativa de la Constitución, la Justicia Constitucional y su diferencia con la justicia ordinaria, la Justicia Constitucional y los derechos fundamentales, llegando a considerar al Amparo Constitucional como garantía universal para la reparación de los derechos desconocidos, vulnerados o amenazados (mostrando la configuración de esta garantía en la legislación comparada), la Cosa Juzgada Constitucional, y la Seguridad Jurídica; todo ello para finalmente concluir que el Amparo Constitucional –como garantía jurisdiccional universal para la defensa y protección de los derechos fundamentales–, extiende su protección *“contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares (sin excepción) que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución y las leyes”*, y que en consecuencia, no existe *cosa juzgada* en la justicia ordinaria, cuando en el juicio se han vulnerado derechos fundamentales y el debido proceso, porque tales violaciones vician de nulidad absoluta el procedimiento en que se basa la sentencia, en cuyo caso, la cosa juzgada constitucional llega a ser la única definitiva e inmutable²⁴.

23. Ante el sensible fallecimiento del notable constitucionalista Dr. Pablo Dermizaky Peredo (1923-2015), y con el único afán de resaltar la vida, obra y pensamiento de este insigne jurista boliviano, se ha editado un trabajo de investigación, para presentarlo en el ámbito boliviano, bajo el título: *“El pensamiento de Pablo Dermizaky y su aporte al desarrollo del constitucionalismo boliviano. (Homenaje Póstumo)”*; que se halla publicado en: Revista de la Biblioteca y Archivo Histórico de la Asamblea Legislativa Plurinacional – Fuentes. Año 14, Volumen 9, Número 41. La Paz, Bolivia: Diciembre 2015. Págs. 17-34; y también ha sido incluido en: Anuario de Estudios Bolivianos, Archivos y Bibliográficos – Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia. Número 21. Sucre, Bolivia: ABNB 2015. Págs. 635-668.

24. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, Pablo. *Justicia Constitucional y Cosa Juzgada*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2004. Tomo I. Montevideo – Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2004. Págs. 291-298. Disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/1C7aN1r>. El criterio de la invalidez de la cosa juzgada en caso de vulneración de derechos y/o garantías, fue sostenido desde la primera época de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, al haberse establecido expresamente que aún en aquellos casos en que la decisión judicial (auto o sentencia) se encuentre ejecutoriada (cosa juzgada); si en la tramitación del proceso que dio lugar a la decisión, o en la dictación de la sentencia o resolución misma se evidencia la vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, procede el *Amparo Constitucional* para revisar dichas decisiones o resoluciones, no siendo atendible el argumento de la existencia de cosa juzgada para consumir el acto o hecho ilegal e indebido. De ahí que, a partir de la SC 0111/1999-R de 6 de septiembre, el Tribunal Constitucional fundó una nueva línea jurisprudencial cuya *ratio decidendi* de forma taxativa señalaba: *“Cuando una resolución ilegal y arbitraria, afecta al contenido normal de un derecho fundamental (el de propiedad en este caso), no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta “cosa juzgada”; en cuyo caso inexcusablemente se abre el ámbito de protección del amparo constitucional; consagrado por el art. 19 de la Constitución Política del Estado”*. Una profundización sobre este tema, puede consultarse en el ilustrativo trabajo de: RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *El Amparo Constitucional contra sentencias judiciales. con autoridad de*

Bajo esta premisa, es posible deducir que en los albores del control reforzado de constitucionalidad bajo el modelo concentrado en el Tribunal Constitucional, no se aceptaba la posibilidad de la procedencia del antes denominado “recurso” de amparo constitucional contra resoluciones judiciales; sin embargo, a través de la jurisprudencia, este órgano contralor de constitucionalidad, cambió el criterio inicial y a partir de la Sentencia Constitucional N°0111/1999-R de 6 de septiembre, fundó una nueva línea jurisprudencial cuya *ratio decidendi* de forma taxativa señaló: “*Cuando una resolución ilegal y arbitraria, afecta al contenido normal de un derecho fundamental (el de propiedad en este caso), no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta “cosa juzgada”;* en cuyo caso inexcusablemente se abre el ámbito de protección del amparo constitucional; consagrado por el art. 19 de la Constitución Política del Estado”.

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia Constitucional N°504/01 de 29 de mayo de 2001, en cuyos fundamentos se indicaba lo siguiente: “*resulta imprescindible aclarar que cuando una resolución ilegal afecta al contenido esencial de un derecho fundamental, no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del Amparo Constitucional*”, pues en criterio del Tribunal Constitucional, los actos o decisiones que de manera ilegal o indebida restrinjan o supriman un derecho fundamental o garantía constitucional están viciados de nulidad. Así también, en la Sentencia Constitucional N°338/01-R, a tiempo de fundamentar su decisión, el Tribunal señaló que: “*los actos de los recurridos se encuentran viciados de nulidad y atentan contra los derechos del recurrente a la seguridad jurídica, la legítima defensa y al debido proceso, sin que su supuesta ejecutoria impida la tutela de los derechos conculcados*”.

Como se puede evidenciar, a partir de la jurisprudencia glosada, de manera uniforme se ha reconocido la procedencia del amparo constitucional frente a decisiones judiciales que vulneren derechos fundamentales; sin embargo, dicho entendimiento ha sido complementado y reconducido a los requisitos y postulados señalados en la Sentencia Constitucional N°0668/2010-R, de 19 de julio, que entre sus fundamentos jurídicos ha establecido expresamente que la procedencia del recurso de amparo constitucional contra sentencias judiciales, operará siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos específicos:

- a) Que el afectado agote todos los mecanismos internos idóneos para el cuestionamiento a decisiones judiciales establecidos por ley, observando de forma precisa la vulneración a los derechos o garantías fundamentales alegados como vulnerados.

cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2003. Montevideo – Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2003. Págs. 211-227..

- b) La vulneración a los derechos o garantías fundamentales denunciadas como vulneradas, no deben ser provocadas ni consentidas por el afectado, ya que la justicia constitucional no puede reparar la negligencia o dejadez de la parte afectada. Cabe aclarar que estos requisitos establecidos por vía jurisprudencial, deben ser entendidos dentro de las causales de improcedencia del amparo constitucional, disciplinados ahora por el artículo 53 del Código Procesal Constitucional (CPCo).

Como se puede evidenciar, a partir de la jurisprudencia citada, de manera uniforme se ha reconocido la procedencia del amparo constitucional frente a decisiones judiciales que vulneren derechos fundamentales; sin embargo, este entendimiento, ha sido complementado y reconducido a los requisitos y postulados señalados en la Sentencia Constitucional N°0668/2010-R.

Por lo expuesto, en mérito a la línea jurisprudencial expresada supra, se evidencia que frente a decisiones emanadas de la entonces Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) no existe instancia ulterior, por tanto, corresponde a través del amparo constitucional analizar las vulneraciones a los derechos fundamentales que sean alegadas en un caso concreto.

6.3. La doctrina del Bloque de constitucionalidad y su redimensionamiento en la jurisprudencia constitucional

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada en fecha 7 de febrero de 2009 (que al presente ha cumplido una década de vigencia), dispone expresamente que: “el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. (...)” (Artículo 410, párrafo II constitucional).

Éste precepto referido al Bloque de Constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia constitucional²⁵, dado que el Tribunal Constitucional, en su primera época, en

25. Desde el año 2001, el Tribunal Constitucional de Bolivia, asumiendo una posición de activismo judicial respecto a la protección de los derechos humanos, ha definido que *los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad*, por lo que, los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos forman parte del catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución; de manera que en ese contexto pueden ser invocados por las personas y tutelados por las autoridades (Cfr. Sentencias Constitucionales: SC 95/01, SC 1662/2003-R y SC 0102/2003). Cabe anotar, que una primera sistematización de la jurisprudencia constitucional más relevante (en el ámbito tutelar), establecida por el Tribunal Constitucional de Bolivia en sus primeros años de labor jurisdiccional (1999-2002), puede encontrarse en la obra de: DURAN RIBERA, Willman R. *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional (en la protección de los derechos fundamentales)*. Santa Cruz, Bolivia: Editorial El País, 2003..

los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Constitucional N° 0045/2006 de 2 de junio, había precisado que la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica; entendiéndose que dicha teoría, expone que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su Constitución, normas a las que concede ese *valor supralegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

De ahí que, la jurisdicción constitucional boliviana ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la Sentencia Constitucional N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre, estableciendo lo siguiente: “(...) conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.” Dicho entendimiento, ratifica lo expresado en la Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, de 17 de noviembre, en la cual el Tribunal Constitucional: “(...) realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución (de 1994), ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”.

De la jurisprudencia glosada, se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el país; entonces, queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino sólo aquellos que habiendo sido previamente ratificados por el Estado boliviano, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos²⁶, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

26. La citada Sentencia Constitucional N° 0045/2006, aclaraba que dicha comprensión era posible -en el anterior marco constitucional-, por la cláusula abierta prevista por el artículo 35 de la CPE abrogada, “ya que tal como la doctrina de otros países de la región concibe, sólo es posible aceptar a las normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad, cuando existe una permisión expresa en la Constitución; así la Sentencia C-401/05, de 14

Años más tarde, y ampliando los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos respecto a los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que también conforman el Bloque de Constitucionalidad en Bolivia, el Tribunal Constitucional pronunció la Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de 10 de mayo, a través de la cual entendió que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, dado que la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma, en lo referente a su contenido, los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En este sentido, sostuvo lo siguiente:

“En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia. El Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad (...).”

Finalmente, el Tribunal concluyó estableciendo en su pronunciamiento, que al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos el último y máximo garante en el plano supranacional

de abril de 2005, de la Corte Constitucional de Colombia, expresa lo siguiente: “la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (...). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el “Estado Social y Democrático de Derecho”, y que tiene como uno de sus ejes principales, entre otros, precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer.

Es por esta razón, que las Sentencias emanadas de la Corte IDH, ahora también forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los servidores públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente, de acuerdo al siguiente entendimiento:

“(…) En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del ‘Estado Constitucional’ enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos”.

(Cfr. Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de fecha 10 de mayo de 2010)²⁷.

27. Con bastante anticipación a este entendimiento, el anterior Tribunal Constitucional ya había dejado establecido que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene fuerza vinculante para el Estado boliviano y sus autoridades; así, en la Sentencia Constitucional N°0491/2003-R, de 15 de abril, a tiempo de resolver una problemática referida a la vulneración del derecho al juez natural, señaló lo siguiente: “uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial; debiendo entenderse por Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución. El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial’ (...)”. De la misma forma se procedió, al momento de evaluar la constitucionalidad de una disposición legal, cuando a tiempo de analizar el principio de igualdad jurídica, la Sentencia Constitucional N°0058/2003, de 25 de junio, estableció entre sus fundamentos jurídicos lo siguiente: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, como reconoce la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Justicia. (...)”.

Posteriormente, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de fecha 7 de septiembre de 2012, a la luz de la Constitución Axiomática y en el marco de los principios de pluralismo e interculturalidad, como elementos de construcción estructural del Estado, llegó a considerar que era imperante realizar un redimensionamiento y una interpretación extensiva del bloque de constitucionalidad disciplinado por el art. 410.II de la Constitución: *“por tanto, para una real materialización de la Constitución Axiomática, se tiene que este bloque, amparado por el principio de supremacía constitucional, estará conformado por los siguientes compartimentos: i) Por la Constitución como texto escrito; ii) Los tratados internacionales vinculados a Derechos Humanos; iii) las normas de derecho comunitario ratificadas por el país; y, iv) En una interpretación sistémica, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución, se establece además que el Bloque de Constitucionalidad, debe estar conformado por un compartimento adicional: los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional imperante. Ahora bien, en este estado de cosas, de acuerdo a los compartimentos antes referidos, corresponde precisar que este bloque de constitucionalidad es directamente aplicable en cuanto a la parte dogmática de la Constitución, los derechos humanos insertos en Tratados Internacionales y los principios plurales supremos; empero, la parte orgánica de la Constitución, comprendida como elemento del bloque de constitucionalidad, no es directamente aplicable, sino que para su materialización, se necesitan leyes orgánicas de desarrollo”*.

En resumen, y conforme se ha detallado en la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril de 2013, el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto por los siguientes compartimentos: 1) La Constitución como norma positiva; 2) Los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos; y 3) Las Normas Comunitarias; sin embargo, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, debe establecerse además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser *el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material*, entre otros, forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional.

Conforme a lo expuesto, se puede inferir que la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, dado que la inserción en el Bloque de Constitucionalidad de valores plurales y principios supremos rectores del orden

constitucional, tiene una relevancia esencial, ya que merced al principio de supremacía constitucional aplicable al bloque de constitucionalidad boliviano, operará el fenómeno de *constitucionalización*, no solamente en relación a normas supremas de carácter positivo, sino también en relación a valores y principios supremos rectores del orden constitucional, aspecto, que en definitiva consolidará el carácter axiomático de la Constitución Política del Estado aprobada en 2009 (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0683/2013, de fecha 3 de junio de 2013).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto –de manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes elementos:

- i) La Constitución como norma jurídica; ii) Los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos; iii) las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; iv) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional; y, v) los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional²⁸.

6.4. La doctrina de la aplicación del estándar más alto (de protección) de la jurisprudencia constitucional²⁹

La expresión “*estándar más alto de la jurisprudencia constitucional*”, pretende resaltar aquélla o aquéllas decisiones del Tribunal Constitucional que hubieran resuelto un problema jurídico recurrente y uniforme, pero de manera progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. El método de identificación del estándar más alto en la jurisprudencia constitucional, es a través de un examen o análisis

28. Cfr. VARGAS, Alan E. *Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Bolivia*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2018. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2018. Págs. 535-556.

29. Este acápite, corresponde al principal fundamento jurídico expuesto en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2233/2013, de 16 de diciembre de 2013, cuya parte resolutive dispuso además lo siguiente: “*Por Secretaría General se proceda a remitir copias de la presente Sentencia Constitucional a todos los Tribunales Departamentales de Justicia, a efecto de que se comuniquen a todos los jueces y tribunales de garantías, para que se aplique en las acciones que son de su conocimiento el estándar más alto a fin de tutelar derechos fundamentales*”..

integral de la línea jurisprudencial, de tal forma que el precedente constitucional en vigor se constituirá en aquél que resulte de dicha comparación.

Sobre el análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional a través de las líneas jurisprudenciales, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0846/2012 de 20 de agosto, estableció que:

“No es suficiente la identificación del precedente constitucional, a través del análisis estático de la jurisprudencia, se debe analizar la jurisprudencia constitucional también a través de un análisis dinámico, es decir, se debe apreciar de manera sistemática el desarrollo de la jurisprudencia, para ubicar el precedente constitucional en vigor en la línea jurisprudencial. Las líneas jurisprudenciales, son la técnica para hacer el análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional. Son las respuestas o soluciones que la jurisprudencia ha dado a determinado problema jurídico, está conformada por un conjunto de sentencias que abordaron determinada temática. La jurisprudencia constitucional al ser en esencia evolutiva, se van modulando, ya sea extendiendo, o en su caso, restringiendo sus alcances, de ahí que es preciso hacer un recorrido entre las sentencias básicas o creadoras de líneas, sentencias moduladoras de líneas, sentencias confirmadoras o reiteradoras de línea, sentencias mutadoras o cambiadoras de línea y sentencias reconductoras de línea, porque sólo con este análisis dinámico de las sentencias que conforman la línea jurisprudencia se identifica el precedente constitucional en vigor”.

En este sentido, el uso del estándar más alto de la jurisprudencia constitucional al menos tiene dos consecuencias prácticas:

- i) Provoca que un juez o tribunal en caso de contar con dos sentencias constitucionales contradictorias elija de acuerdo a las particularidades de cada caso el entendimiento que tutele de manera más adecuada los derechos fundamentales que llega a ser el estándar más alto.
- ii) Asimismo, de existir diversos entendimientos jurisprudenciales no antagónicos sino progresivos los mismos deben armonizarse para la resolución más adecuada del caso en atención a los derechos fundamentales obteniéndose –vía integración de jurisprudencia– el estándar más alto.

Este entendimiento tiene su fundamento en lo establecido por los arts. 13.IV y 256 de la CPE, que configuran la obligación de interpretación más favorable en materia de Derechos

Humanos, teniendo como parámetros las cláusulas de interpretación contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, entre ellas, el principio *pro homine*, que establece que el juzgador debe aplicar aquellas normas y criterios de interpretación que resulten más favorables al respeto y goce de los derechos constitucionales de las personas.

6.5. La interpretación de la legalidad ordinaria

Ciertamente, ésta temática fue una de las principales preocupaciones del Dr. Willman Durán Ribera(†); de ahí que, en una de las últimas Sentencias que suscribió como Magistrado relator –la **Sentencia Constitucional N°0085/2006-R, de 25 de enero**, emitida mientras aún se encontraba en el ejercicio de la magistratura–, le correspondió analizar si los hechos reclamados en el recurso planteado, se encontraban dentro del ámbito de protección que otorgaba el artículo 19 de la Constitución Política del Estado vigente en ese entonces; oportunidad en la cual expresó los fundamentos jurídicos necesarios para comprender la necesidad del **control constitucional a la interpretación de la legalidad ordinaria**.

En aquella Sentencia, se explicó que a partir de la concepción de la Constitución como *norma jurídica* y la idea de *supremacía constitucional*, se configuran en los distintos países de Europa y América Latina, Tribunales Constitucionales, cuyo cometido es el resguardo de la integridad de la Constitución y dentro de ello, la compatibilidad o simetría que debe tener el resto del ordenamiento a sus normas, valores y principios. De ahí que, aunque las Constituciones no lo digan de manera expresa (así, la Constitución española y la Constitución boliviana abrogada, entre otras), estos órganos jurisdiccionales para cumplir tal cometido, deben interpretar la Constitución³⁰.

30. El entonces Magistrado Willman Durán Ribera(†) también precisaba con bastante claridad, que no todos los artículos de una Constitución tienen el mismo alcance y significación normativa; aunque todos enuncian efectivas normas jurídicas. “*En efecto, la Constitución configura unos preceptos como directamente operativos (de aplicación directa). Este es el caso, entre otros, de los derechos fundamentales; otros en cambio, por su naturaleza y finalidad, requieren para su efectividad, de un desarrollo a través de la ley. Este es el caso de las Rentas del Estado (tributos). La aplicación directa de los derechos fundamentales se explica en el hecho de que los mismos están destinados a asegurar el libre desenvolvimiento de los ciudadanos así como a posibilitar su decisiva participación en el sistema político de cada País. De otro lado, pero en conexión con lo anterior, se tiene que los pilares sobre los que se edifica el control de constitucionalidad son: 1) La existencia de un instrumento jurídico fundamental (parámetro normativo superior que decide la validez de las normas jurídicas), 2) La limitación y control del ejercicio del poder y 3) El reconocimiento en ese instrumento fundamental, de los derechos fundamentales*” (Sentencia Constitucional N°0069/2004, de 14 de julio). En aquella misma época, también se establecieron los alcances del control de constitucionalidad, en el siguiente sentido: “*este Tribunal considera necesario precisar los alcances del control de constitucionalidad que ejerce a través de los recursos de inconstitucionalidad, por cualquiera de las dos vías reconocidas -directa o indirecta-. En ese orden, cabe señalar que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos: a) la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) la interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) el desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales;*

“De lo señalado –concluye la citada Sentencia– resulta congruente afirmar que es atribución del Tribunal Constitucional interpretar la Constitución, y de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico; o lo que es lo mismo, la legalidad infraconstitucional u ordinaria. Lo expresado no implica llegar a la conclusión tajante de que la labor interpretativa de la legalidad ordinaria no está sujeta al control constitucional, pues, dada la fuerza expansiva de la Constitución, a la jurisdicción constitucional le compete vía amparo, el examen de los motivos y los argumentos en que la jurisdicción común funda su decisión, destinada a comprobar, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación insuficiente, arbitraria o carente de razonabilidad, o en desconformidad con una interpretación conforme a la Constitución; anulando en su caso la decisión, cuando se constate que la misma ha violado algún derecho fundamental o garantía constitucional”.

En coherencia con lo precedentemente señalado, el Tribunal Constitucional, en la **Sentencia Constitucional N°1846/2004-R, de 30 de noviembre** (de la cual el Dr. Willman Durán Ribera(†) fue Magistrado relator)³¹, estableció que:

“si bien la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser labor de la jurisdicción común, corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa

determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y d) la determinación de mantener las normas de la disposición legal sometida al control. De lo referido se concluye que el control de constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control; lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas” (Sentencia Constitucional N°0051/2005, de 18 de agosto).

31. En la misma Sentencia Constitucional N°1846/2004-R, y atendiendo a que la Constitución reformada y puesta en vigencia en fecha de 20 de febrero de 2004, en su artículo 1.II, proclamaba que Bolivia es un Estado Social y Democrático de Derecho, que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, a la libertad, igualdad y la justicia; nuestro Magistrado Relator se encargó de interpretar el alcance de dicho mandato constitucional, estableciendo que esos valores superiores fueron instituidos por el constituyente como primordiales para la comunidad, y en ese sentido, son entendidos como la base del ordenamiento jurídico, presidiendo a la vez su interpretación y aplicación. De ahí que, en aquella Sentencia se llegó a deducir que: *“Los valores superiores poseen una triple dimensión: a) fundadora del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto, al que se proyectan sus normas, principios y valores, lo que determina que tengan una significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico político; b) orientadora del orden jurídico hacia fines predeterminados, que hacen ilegítimas las normas que persiguen fines distintos o que obstaculicen la consecución de los valores que enuncia la Constitución; c) crítica, pues sirve de parámetro para la valoración de conductas, posibilitando el control jurisdiccional de las restantes normas del ordenamiento jurídico para determinar si están conformes o infringen los valores constitucionales (Antonio Enrique Pérez Luño). Consiguientemente, los valores superiores deben ser considerados como mandatos dirigidos, primero, al legislador, para que sean tomados en cuenta en la elaboración de las leyes y, segundo, al poder ejecutivo y judicial, para que sean considerados en la aplicación e interpretación de esas normas, optando siempre por aquella aplicación e interpretación que más favorable resulte a la efectiva concreción de esos valores (Javier Santamaría Ibeas)”.*

no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”.

Conforme a ese razonamiento, y de manera posterior, la **Sentencia Constitucional N°1917/2004-R, de 13 de diciembre**, puntualizó que: “...la interpretación de la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción común y a la jurisdicción constitucional le compete verificar si en la labor interpretativa se cumplieron los requisitos de la interpretación admitidos por el derecho y si a través de ese proceso interpretativo arbitrario se lesionó algún derecho fundamental”. Añadiendo luego, que: “toda supuesta inobservancia o errónea aplicación de la legislación ordinaria, debe ser corregida por la jurisdicción común a través de los recursos que establece el ordenamiento; y sólo en defecto de ello, y ante la invocación de infracciones a las reglas de la interpretación admitidas por el derecho, la jurisdicción constitucional puede ingresar a verificar si la labor interpretativa desarrollada... cumplió o no con las reglas de interpretación y si a través de esa interpretación arbitraria, se lesionó algún derecho fundamental, únicos supuestos que permiten al Tribunal Constitucional realizar una verificación de la labor interpretativa de la jurisdicción común”.

Consecuentemente, como quedó establecido precedentemente, si bien la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a las autoridades judiciales y administrativas; compete a la jurisdicción constitucional, *en los casos en que se impugne tal labor como arbitraria, insuficientemente motivada o con error evidente*, el estudio, dentro de las acciones de tutela, de la decisión impugnada, a los efectos de comprobar si la argumentación jurídica en la que se funda la misma es razonable desde la perspectiva constitucional –razonamiento que debe ajustarse siempre a una interpretación conforme a la Constitución–, o si por el contrario, se muestra incongruente, absurda o ilógica, lesionando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

En base al entendimiento jurisprudencial anotado precedentemente, y sobre los requisitos necesarios para proceder a realizar la interpretación de la legalidad ordinaria, la **Sentencia Constitucional N°718/2005-R, de 28 de junio**, citó el siguiente entendimiento:

“Conforme a ello, y atendiendo a que la jurisdicción constitucional sólo puede analizar la interpretación efectuada por los jueces y tribunales ordinarios cuando se impugna tal labor como irrazonable, es necesario que el recurrente, en su recurso, a tiempo de cuestionar la interpretación de la legalidad ordinaria:

- 1. Explique por qué la labor interpretativa impugnada resulta insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda o ilógica o con error evidente, identificando, en su caso, las reglas de interpretación que fueron omitidas por el órgano judicial o administrativo, y*
- 2. Precise los derechos o garantías constitucionales que fueron lesionados por el intérprete, estableciendo el nexo de causalidad entre éstos y la interpretación impugnada; dado que sólo de esta manera la problemática planteada por el recurrente, tendrá relevancia constitucional. Lo señalado implica que el actor, en su recurso, no debe limitarse a hacer un relato de los hechos, sino que debe explicar no sólo por qué considera que la interpretación no es razonable, sino también cómo esa labor interpretativa vulneró sus derechos y garantías”.*³²

6.6. Los Principios fundamentales de la Constitución Política del Estado

Una de las temáticas de enorme importancia, que fueron constantemente analizadas y desarrolladas con bastante profundidad a nivel jurisprudencial, fueron los principios fundamentales que consagra la Constitución, que ciertamente ocupan un lugar preponderante en nuestro ordenamiento constitucional, dado que se hallan en la cúspide del mismo. De ahí que, según el razonamiento expresado en la **Sentencia Constitucional N°0773/2005-R, de 7 de julio**, estos principios hacen referencia a las normas que fundamentan todo el sistema constitucional y tienen por objeto determinar los rasgos esenciales del sistema político, la titularidad del poder, la modalidad de su ejercicio, así como su finalidad.

“Estos principios –señala uno de los fundamentos jurídicos de la Sentencia–, constituyen verdaderos mandatos jurídicos, dirigidos, en primer término, al legislador

32. Este entendimiento jurisprudencial acerca de la interpretación de la legalidad ordinaria y el ámbito de competencia de la jurisdicción constitucional, fue asumido por la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0108/2012 de 27 de abril, reiterado posteriormente en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0224/2014-S2, de 5 de diciembre. Sin embargo, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial existente, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha considerado necesario y fundamental, integrar el entendimiento jurisprudencial y presupuestos procesales respecto a la doctrina de las autorestricciones de la jurisdicción constitucional sobre la interpretación de la legalidad ordinaria y la valoración de la prueba, y para dicho efecto, ha establecido taxativamente los *requisitos necesarios para revisar la interpretación de la legalidad realizada por la jurisdicción ordinaria, así como para la revisión de la labor valorativa de la prueba*, plasmando su entendimiento en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0340/2016-S2 de 8 de abril.

–y también al Órgano Ejecutivo, cuando asume su facultad reglamentaria–, para que sean tomados en cuenta en el proceso de creación de las normas, pues al ser éstos la base en la que se inspira el modelo de sociedad que la Constitución propugna, debe existir armonía entre la ley a crearse y los principios constitucionales. En segundo término, los principios, como mandatos jurídicos, también se dirigen a las autoridades judiciales o administrativas que van a aplicar las normas jurídicas, en el entendido que al ser jerárquicamente superiores, presiden la interpretación de todo el ordenamiento, e inclusive de la Constitución misma.

Las funciones anotadas, coinciden con el carácter informador del ordenamiento jurídico, que tienen los principios; carácter que, de acuerdo a la doctrina, implica que estos principios son directrices para la elaboración de las leyes y para la labor interpretativa, además de ser un parámetro para determinar la inconstitucionalidad de las normas, conforme lo anota el art. 3 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC abrogada), “La Constitución se tendrá por infringida cuando el texto de una ley, decreto, resolución o actos emanados de autoridad pública o de persona particular, natural o jurídica, sus efectos o su interpretación en relación a un caso concreto, sean contrarios a las normas o principios de aquélla”.

Precisamente, y dada la importancia de explicar los principios fundamentales establecidos por la Constitución Política del Estado, la jurisprudencia constitucional de estos últimos años, se ha dedicado a desentrañar los alcances de varios principios constitucionales de enorme importancia, tales como:

6.6.1. Principio de soberanía popular (artículo 7)

La soberanía popular es un principio rector de nuestra Ley Fundamental, que ahora encuentra reconocimiento en el artículo 7 de la CPE, cuando establece que “*la soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada*”, señalando luego que de ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; siendo inalienable e imprescriptible. “*En virtud a este principio, básico en todo Estado republicano, el pueblo, a través de la forma de gobierno optada, delega su voluntad a representantes elegidos por ellos mismos, o participa directamente en la toma de decisiones de trascendental importancia. En el caso boliviano, conforme al art. 1º de la CPE (actual artículo 11 de la CPE vigente), la forma de gobierno elegida es la democracia representativa y participativa, y en ese sentido, de acuerdo al art. 4 constitucional, el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la iniciativa*

Legislativa Ciudadana y el Referéndum” (Cfr. Sentencia Constitucional N°0129/2004, de 10 de noviembre).

Cabe señalar que actualmente, este principio encuentra concreción, entre otros, en los artículos 146, 148, 166, 278, 284 (Elección de Diputados, Senadores, Presidente(a) y Vicepresidente(a) del Estado Plurinacional, Asambleístas Departamentales, Concejales(as) Municipales); en los artículos 209, 211, y 411 (relativos al ejercicio de la representación política y a la Asamblea Constituyente), y los arts. 182, 187, 194 y 198 sobre la elección mediante sufragio universal de Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Consejo de la Magistratura, y del Tribunal Constitucional Plurinacional, quienes ahora son elegidos por el voto directo de los ciudadanos, como una expresión de la democracia representativa, a que alude el artículo 11 constitucional.

En otras palabras, la disposición contenida en el artículo 7 constitucional, se trata de una norma a través de la cual el Constituyente ha consagrado el principio fundamental de la *soberanía popular*, conocido también como el *principio democrático*, que tiene como significado la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél, del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático representativo, delega su ejercicio a sus mandatarios y representantes mediante elecciones libres, pluralistas, igualitarias y ampliamente informadas (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2006, de 5 de septiembre).

6.6.2. Principio de separación de funciones (artículo 12)

El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia (Cfr. Sentencia Constitucional N°491/2003-R, de 15 de abril) ha señalado que *“el Estado Democrático de Derecho está organizado sobre la base de los principios fundamentales, entre otros, de la separación de funciones conocida también como el principio de división de poderes, lo que implica la distribución de las competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder público, de manera tal que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia”*. En el marco del referido principio fundamental, que actualmente se encuentra consagrado en la norma prevista por el art. 12 de la CPE, el Constituyente ha efectuado la distribución de funciones y competencias; así *la potestad legislativa*, de control y fiscalización la tiene el Órgano Legislativo; *la función ejecutiva*, administrativa

y reglamentaria la ejerce el Órgano Ejecutivo y el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* la tiene el Órgano Judicial.

“Conforme enseña la doctrina del Derecho Constitucional, la concepción dogmática de la “división de poderes”, ha sido superada en el constitucionalismo contemporáneo con la adopción del concepto de la separación de funciones que se sustenta en los siguientes principios: 1) la independencia de los órganos de poder del Estado; 2) la coordinación e interrelación de funciones entre los órganos; y 3) el equilibrio entre los órganos que se establece a partir frenos y contrapesos; ello implica que los diversos órganos de poder del Estado no desarrollan única y exclusivamente sus función esencial, también participan en el desempeño de las funciones y labores de los otros órganos, en el marco de las atribuciones y competencias conferidas por el Constituyente, así el Legislativo participa en las labores del Ejecutivo aprobando el presupuesto general de la nación, o ratificando los tratados internacionales, entre otros; de su parte el Ejecutivo participa en las labores del Legislativo a través de los mecanismos previstos en la Constitución, tales como la iniciativa legislativa, la promulgación de la Ley, entre otras actividades. (...)” (Cfr. Sentencia Constitucional N°0009/2004, de 28 de enero).

Finalmente, en este extracto de lo proyectado por la jurisdicción constitucional con referencia al principio de separación de funciones, la Sentencia Constitucional N°0129/2004-R, de 10 de noviembre, estableció que:

“Ahora bien, el principio aludido (separación de funciones) se halla configurado en nuestra Constitución en los arts. 2, 30, 69, 115.I y 116.VI. Del contenido de los preceptos constitucionales referidos, se extrae que el principio no implica una tajante división de la estructura básica del ejercicio del poder político en compartimientos estancos, sino en una separación de funciones que evite la concentración del poder en una misma persona u órgano -que genera su uso abusivo y arbitrario-, garantizando con ello, la libertad, la dignidad y la seguridad de los ciudadanos; pues sólo así es posible dotar de funcionalidad y eficacia a la actividad estatal para el cumplimiento de sus fines. Ello explica por qué la potestad legislativa, por ejemplo, está sometida al control de constitucionalidad; la potestad reglamentaria, administrativa y ejecutiva, al control jurisdiccional contra posibles infracciones legales, a través de los procedimientos contencioso administrativos; la potestad jurisdiccional, además de estar regulada por las leyes sancionadas por el poder legislativo, está controlada internamente por los recursos existentes en el ordenamiento y, en última instancia,

como parte del dicho control se establece la existencia de un juicio político, llevado a cabo por el Congreso, que podrá afrontar la jerarquía del poder judicial por su actuación en la administración de justicia”.

Las proposiciones reseñadas son válidas para la comprensión del principio de separación de funciones dispuesto por la Constitución Política del Estado vigente, ya que el nuevo Estado Plurinacional de Bolivia ha recepcionado el principio de separación de funciones, proclamándolo en el artículo 12 constitucional; siendo, como ya ha sido manifestado, una de las bases del Estado boliviano desde su fundación. Reconociendo la utilidad de los contenidos del principio de separación de funciones desarrollado por la doctrina constitucional boliviana, es necesario precisar que las nuevas normas constitucionales previstas por la Ley Fundamental, confirman la progresión del principio, de una perspectiva clásica de poderes divididos, a la moderna y funcional separación de funciones (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0591/2012, de 20 de julio).

6.6.3. Principio de igualdad y no discriminación (artículo 14)

La Sentencia Constitucional Plurinacional N°0910/2014, de 14 de mayo, cita a su vez a la SC N°0049/2003 de 21 de mayo, la cual señaló que la inicial premisa de la igualdad, no significa: “...*que el legislador ha de colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales ni que todos se encuentren en las mismas situaciones fácticas. El principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Entonces, el medio idóneo para que el legislador cumpla con el mandato de este principio es aplicando la máxima o fórmula clásica: «se debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual». En eso consiste la verdadera igualdad. A quienes presentan similares condiciones, situaciones, coyunturas, circunstancias, etc., se les puede tratar igualmente; pero, cuando existen diferencias profundas y objetivas que no pueden dejarse de lado, se debe tratar en forma desigual, porque solamente de esa manera podrá establecerse un equilibrio entre ambas partes. La Ley es la que tiene que establecer los casos, formas y alcances de los tratamientos desiguales. En consecuencia, no toda desigualdad constituye necesariamente, una discriminación, la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”* (entendimiento que ha sido reiterado, entre otras, por la SCP N°1250/2012, de 20 de septiembre).

Actualmente, la igualdad y la no discriminación, han sido analizadas a la luz del nuevo constitucionalismo plurinacional; así por ejemplo, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0067/2015, de fecha 20 de agosto de 2015, ha señalado que desde la perspectiva de nuestra Constitución Política del Estado, así como de las normas del bloque de constitucionalidad, la igualdad ha sido concebida por la jurisprudencia constitucional como un valor, principio, derecho y garantía. Así, la SCP 0080/2012 de 16 de abril, instituyó que: *“La arquitectura jurídica e institucional de un Estado de Derecho, se fundamenta en los valores elegidos como sociedad, tales como la igualdad y la no discriminación entre otros (...) La Constitución Política del Estado considera a la igualdad, no únicamente como un valor supremo, sino también como un principio motor de todo el aparato jurídico, siempre en procura del logro de un régimen de igualdad real, donde no se reconozcan privilegios y se erradique toda forma de discriminación, consolidando los rasgos e impronta de nuestro nuevo modelo de Estado (...) La igualdad, además de ser un valor y un principio, es también un derecho y una garantía. Es un derecho que a su vez reivindica el derecho a la diferencia y es una garantía porque avala su ejercicio activando la tutela judicial y constitucional en caso de su violación”*.

El valor, principio, derecho y garantía de igualdad y no discriminación –según la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0067/2015–, debe ser concebida tanto en la dimensión individual como colectiva, con el advertido que, en el último supuesto –dimensión colectiva–, la igualdad y no discriminación está vinculada estrechamente con las características de nuestro modelo de Estado; en especial, con los fines y funciones descolonizadores del mismo, efectivamente, la igualdad está contemplada como valor en los arts. 8.II y 14.II de la CPE, contempla la garantía de la no discriminación, que también es concebida como un derecho, un valor y un principio, al establecer que: *“El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”*. En definitiva, la igualdad y la no discriminación, no deben ser comprendidas únicamente desde una perspectiva individual, sino también colectiva, como se desprende de la Constitución Política del Estado y de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.

6.6.4. Principio de presunción de inocencia (artículo 116.I)

La presunción de inocencia, al igual que el debido proceso, tiene una triple dimensión: *principio, derecho y garantía*.

Principio, porque está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal, ello supone que se convierte en una directriz de la administración de justicia que debe ser observada por todas las autoridades y servidores públicos encargados de ejercitar la potestad punitiva del Estado, tanto en el ámbito punitivo como en todo el sistema administrativo sancionador.

Derecho, porque es predicable respecto de todas las personas, vincula a todos los órganos de poder y se encuentra reconocido como un derecho humano por los instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 26) como en los Instrumentos Internacionales se encuentra reconocido como un derecho humano.

Garantía, de carácter normativo constitucional, que se constituye en un mecanismo protector dentro de los procesos judiciales o administrativos a través del cual se proscribire la presunción de culpabilidad.

Es así que, en el ordenamiento jurídico boliviano, la presunción de inocencia con su triple valor, se encuentra reconocida por la norma suprema, al señalar en su art. 116.I que: *“Se garantiza la presunción de inocencia”*, cuyo contenido ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional de la siguiente forma:

“a) En su dimensión de principio-garantía, que no es el imputado el que debe probar su inocencia, sino que es el acusador el que debe probar la culpabilidad del encausado o procesado. Así la SC 0011/2000-R de 10 de enero, determinó lo siguiente: *“este principio constitucional de presunción de inocencia se constituye en una garantía del debido proceso, protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrían dar margen al prejuzgamiento y a condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba al acusador; vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso, y que los jueces dicten sentencia condenatoria siempre que exista plena prueba, o sea, cuando no haya duda sobre la culpabilidad del encausado demostrada por todos los medios de prueba,*

dentro de un proceso en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa... ”.

b) La presunción de inocencia sólo es vencible con una sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada formal y material, conforme señaló la SC 0012/2006-R de 4 de enero, al determinar que: *“Este es un postulado básico de todo ordenamiento jurídico procesal, instituido generalmente como garantía constitucional en diversos países. El principio está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado... ”.*

En el mismo sentido se pronunciaron las SSCC 0742/2002-R, 0690/2007-R, 0239/2010-R, 0255/2012, 0619/2012, entre otras. Esta última Sentencia Constitucional Plurinacional refirió el siguiente razonamiento: *“En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, la SC 0239/2010-R de 31 de mayo, puntualizó ‘...está prevista como una garantía por el art. 116.I de la CPE, y que definitivamente significa un estado constitucional que parte de la buena fe, al considerar que toda persona es inocente entre tanto no exista en su contra sentencia condenatoria ejecutoriada... ’. Al respecto, la SC 0360/2007-R de 8 de mayo, que toma el razonamiento de la SC 0173/2004-R de 4 de febrero, señaló que es la: ‘...garantía de todo aquel contra quien pesa una acusación, para ser considerado inocente mientras no se compruebe su culpabilidad a través de medios de prueba legítimamente obtenidos, dentro de un debido proceso’ ”.* El alcance de los entendimientos jurisprudenciales citados, han sido ratificados por el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante SSCC 0509/2012, 609/2012, entre otras.

c) El principio- garantía de la presunción de inocencia impide a que los órganos de la persecución penal realicen actos que presuman la culpabilidad del imputado. Con este razonamiento se pronunció la SC 0165/2010-R de 17 de mayo, al señalar lo siguiente: *“...la presunción de inocencia implica que todo imputado debe ser considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada (art. 6 CPP, SSCC 0690/2007-R, 0747/2002-R 0012/2006-R), garantía de la cual deriva la prohibición de obligar al imputado a*

declarar contra sí mismo; que la carga de la prueba corresponda a los acusadores, y que la libertad sólo pueda ser restringida de manera extraordinaria en las medidas cautelares (SSCC 0048/2000-R, 0439/2003-R). Debe entenderse, entonces que la presunción de inocencia impide que los órganos de la persecución penal y las autoridades jurisdiccionales, realicen actos que presuman la culpabilidad del imputado, conforme establece el art. 6 del CPP.

d) La presunción de inocencia como parte del debido proceso es extensible a todo proceso -judicial o administrativo-. Con este razonamiento se pronunciaron las SSCC 0450/2011-R, 0255/2012. Esta última Sentencia señaló lo siguiente: “... la presunción de inocencia ha sido configurada como garantía constitucional, en el art. 116 de la CPE, cuando establece: ‘I. Se garantiza la presunción de inocencia...’. Por su parte, los pactos internacionales también contemplan el principio con un contenido más o menos similar al establecido en la normativa boliviana. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.II, que ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley’. En similares términos lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 11 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8.2, normativa que compone el bloque de constitucionalidad. La presunción de inocencia, como componente de la garantía del debido proceso, también debe entenderse extensible a todo proceso -sea administrativo o judicial- cuya consecuencia sea la aplicación de una sanción o determinación de responsabilidades a cargo de determinada persona” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°2055/2012, de 16 de octubre).

6.6.5. Principio de legalidad (artículo 116.II)

La Constitución Política del Estado contempla el citado principio de legalidad en el art. 116.II, que a la letra indica: “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”.

Por su parte, este principio se encuentra contemplado en el art. 70 del Código Penal que dispone: “Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella”.

Ciertamente, el principio de legalidad se constituye en un elemento sustancial de todo aquel Estado que pueda identificarse como un Estado de Derecho; resulta coincidente en la doctrina, identificar a este principio como el límite penal para que nadie pueda ser condenado por la perpetración de un hecho, si éste no se encuentra descrito como figura delictiva con el establecimiento de su correspondiente consecuencia jurídica por una ley anterior a su comisión. A decir de Fernando Villamor Lucia, el principio de legalidad tiene dos partes: “*nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, es decir que el delito y la pena deben estar determinados por una ley previa*”.

La doctrina legal aplicable de la extinta Corte Suprema de Justicia, por medio del Auto Supremo 21, de 26 de enero de 2007, entre otros, reconoció que: “*El principio de legalidad se constituye en una garantía constitucional del individuo, que limita la actuación punitiva del Estado...*”. Además dejó en claro que este principio “*no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: ‘Nullum crimen, nulla poena sine previa lege’, sino que actualmente se presentan otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido, como son los principios de ‘taxatividad’, ‘tipicidad’, ‘lex scripta’ y especificidad*”.

El principio de legalidad se encuentra conformado a la vez por varios sub principios, entre ellos, el de *taxatividad*, referido precisamente -valga la redundancia- a la taxatividad de la norma procesal, e implica la suficiente predeterminación normativa de los ilícitos y sus consecuencias jurídicas; pues la indeterminación supone una deslegalización material encubierta; por otra parte se encuentra el *principio de tipicidad* que desarrolla el principio fundamental ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, se aplica como la obligación de que los jueces y tribunales apliquen la ley sustantiva debidamente enmarcando la conducta del imputado exactamente en el marco descriptivo de la ley penal a efectos de no incurrir en calificación errónea que afecte al debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable; otro importante principio es el de *favorabilidad* que denota la aplicación de la norma más favorable al imputado o procesado en caso de duda y cuyo techo constitucional se encuentra en el art. 116.I. de la CPE vigente que establece: “*...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado*”. También se encuentra el *principio de irretroactividad*, sin embargo, este principio será ampliamente desarrollado más adelante.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, al momento de precautelar el respeto y la vigencia del *principio de legalidad* ha desarrollado el mismo en sus dos vertientes, en este sentido, a través de la SC 0062/2002 de 31 de julio, precisó:

“...el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna; consiguientemente, se constituye en un presupuesto básico insoslayable de la administración (realización) de la justicia, de que, siendo la ley expresión de la voluntad de sus destinatarios en materia sancionatoria, se legitima sólo cuando la misma ha sido aprobada con las exigencias formales establecidas por el ordenamiento superior: su Constitución. (...) el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley. (...) el principio de legalidad en su vertiente penal (sustantiva), prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal. (...) «La realización material del principio de legalidad también viene condicionada por la forma como se encare el proceso de subsunción de la conducta en el tipo descrito por la norma sancionadora; pues, todo el andamiaje que importan las garantías formales, quedarían reducidas a la nada, si fuera conforme a derecho, aplicar un precepto distinto, al de la conducta atribuida o imputada”.

En cuanto al principio de legalidad, de conformidad a lo previsto por el art. 180 de la CPE, el Tribunal Constitucional a través de su SC 0275/2010-R de 7 de junio, ha señalado que es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria: *“...al respecto este Tribunal a través de la SC 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la SC 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: ‘el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho’ (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley”.*

En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no está descrita ni penada por la ley, cimentándose una doble garantía: Por una parte, todas las personas conocen el ámbito de lo permitido y prohibido y, por la otra, el delincuente no puede ser castigado más que por las acciones legalmente descritas y sólo con la pena correspondiente. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0770/2012, de 13 de agosto).

6.6.6. Principio de seguridad jurídica (artículo 178)

Considerando la importancia de este principio constitucional, la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia Constitucional N°0096/2010-R de 4 de mayo, ha establecido: *“Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como ‘derecho fundamental’, cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: ‘A la vida, la salud y la seguridad’, a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del ‘derecho a la seguridad jurídica’ como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.III de la CPE). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. 9.3, establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: ‘la seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo’”.*

En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que *la seguridad jurídica* al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, al momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.

De tal manera que cuando se viola un derecho fundamental en esa instancia procesal, sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia; mas sin embargo, ello no implica que sea tutelable, precisamente y como se tiene explicado, por no ser un derecho autónomo, como

sostuvo la pasada jurisprudencia de este Tribunal. Por ello, cuando se exigía la tutela en su generalidad se lo hacía unido a otros derechos como lógica consecuencia, no así de manera independiente.

Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional N°0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: *‘la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad’*

Por lo expuesto precedentemente se concluye que, el principio de seguridad jurídica, si bien no puede ser invocado directamente como lesionado, sino se halla estrechamente vinculado a derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad, no se puede de dejar de lado el hecho que a través de la protección esos derechos y garantías, se materializa el cumplimiento de este principio (Cfr. Sentencia Constitucional N°1786/2011-R, de 7 de noviembre).

6.6.7. Principio de pluralismo jurídico (artículos 178 y 179)

Acerca del pluralismo jurídico y las pautas de su reconocimiento constitucional, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0698/2013, de 3 de junio, estableció que los postulados de libre determinación y autonomía plasmados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas han sido recogidos por el constituyente en el art. 2 de la CPE, al establecer que: *“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”*. Norma que corrobora la configuración del nuevo Estado con base en la plurinacionalidad realizada en el art. 1 de la Norma Suprema y de fundarse *“en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”*.

Asimismo, entre los derechos insertos en el art. 30.II de la CPE, de los pueblos indígena originario campesinos, se encuentran, entre otros, los derechos: “2. *A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidad, prácticas y costumbre y a su propia cosmovisión; (...) 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general de Estado; (...) 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión; (...) 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado*”.

“En este orden –dice la referida Sentencia–, la influencia del pluralismo jurídico proyectado por el constituyente irradia de contenido el sistema de administración de justicia al determinar en el art. 178.I de la CPE, que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y “...se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”. Asimismo, el art. 179 de la Norma Constitucional, establece que la función judicial es única y se ejerce mediante la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y la jurisdicción indígena originaria campesina, la cual se ejerce a través de sus propias autoridades y que ésta se encuentra en igualdad jurídica que la jurisdicción ordinaria (art. 179.II de la CPE), lo que importa la presencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, esto es de diálogo, mutua influencia, complementariedad y respeto mutuo de estos sistemas jurídicos. (...) De los postulados constitucionales, es posible concluir que del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos reconocido en la Norma Suprema y los instrumentos internacionales, se desprende y fundamenta el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígena originario campesinos, de sus instituciones propias y sus procedimientos, por ende, el ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, a través de sus procedimientos e institución propias y bajo sus sistemas normativo. En cuyo contexto, los pueblos indígena originario campesinos en ejercicio de su libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus normas, procedimientos e instituciones, los que en el marco del Estado Plurinacional, son reconocidos con igual valor jurídico, de tal forma cuentan también con la facultad de hacer cumplir sus resoluciones y hacer valer sus decisiones frente a los demás órganos e instituciones estatales, entre ellos, las autoridades de otras jurisdicciones.

Asimismo, los pueblos y las naciones indígena originario campesinos, por mandato constitucional tienen la potestad de impartir justicia en el ámbito de su propio territorio, limitado en sus alcances por lo establecido en los arts. 191 y 192

de la CPE y la Ley de Deslinde Jurisdiccional, norma última que debe guardar coherencia con los postulados constitucionales y los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y que debe ser interpretada a la luz de éste. En este sentido, resulta fundamental comprender como otra premisa básica que el ejercicio de la facultad jurisdiccional de los pueblos indígena originario campesinos responde a sus formas particulares de aplicar la justicia, esto es, conforme a sus normas y procedimientos, principios y valores culturales, en virtud de ello existe una diversidad de formas de resolver conflictos y aplicar justicia a los hechos suscitados en su jurisdicción, encontrando como único límite el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como los derechos humanos reconocidos internacionalmente”.

6.6.8. Principio del debido proceso (artículo 180)

La jurisprudencia constitucional, a través de la Sentencia Constitucional N°0999/2003-R de 16 de julio, ha establecido el alcance del debido proceso garantizado por la Constitución Política del Estado, señalando que: “...asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio y asumir defensa, y en su caso hacer uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. En virtud de ello, los órganos jurisdiccionales que conozcan de un proceso deben observar los principios, derechos y normas que la citada garantía resguarda, infringiéndose de ello que ante la vulneración de los mismos se tiene por conculcada la referida disposición constitucional.

La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes”. Entendimiento reiterado en la SCP 0791/2012 de 20 de agosto.

Por otra parte, la SC 0281/2010-R de 7 de junio, ha complementado el entendimiento, al indicar: *“Como se puede advertir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece claramente que el derecho al debido proceso no solamente es exigible dentro de los procesos judiciales, sino que también abarcan a los procesos administrativos, jurisprudencia que no contradice los principios constitucionales; y que por lo tanto, es compatible con la Constitución vigente...”*. Razonamiento que a su vez fue reiterado en la SCP 0169/2012 de 14 de mayo (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0380/2014, de 21 de febrero, que también desarrolla los entendimientos jurisprudenciales referidos a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales o administrativas como componente del debido proceso).

Asimismo, cabe señalar que en el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un *derecho* en el art. 115.II de la CPE, así como por instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.II de la CPE, forman parte del bloque de constitucionalidad; por otra, como *garantía jurisdiccional*, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPEabgr, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: *“Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso”*; finalmente, el debido proceso también se configura como un *principio* que emerge del Estado de Derecho y del *principio de legalidad* en su vertiente procesal, que está expresamente previsto –como principio procesal de la jurisdicción ordinaria– por el art. 180.I de la CPE; empero, al derivar de otro principio cual es el de legalidad en su vertiente procesal como ya se ha referido, no sólo debe ser observado en instancias jurisdiccionales, sino también en administrativas; conforme a lo que ha establecido el Tribunal en la Sentencia Constitucional N°0136/2003-R de 6 de febrero, al señalar que: *“...la Constitución Política del Estado (CPE), consagra la garantía del debido proceso, expresando que ‘Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal’, de lo que se extrae que la Ley Fundamental del país, persigue evitar la imposición de una sanción, o la afectación de un derecho, sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los derechos fundamentales y las garantías de naturaleza procesal contenidos en la Constitución y las leyes que desarrollan tales derechos, garantía que conforme a la jurisprudencia sentada por este Tribunal, alcanza a toda clase de procesos judiciales o administrativos”* (Cfr. Sentencia Constitucional N°0887/2010-R, de 10 de agosto).

Por otro lado, cabe tener presente que:

“En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia; en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: ‘En opinión de esta Corte, para que exista «debido proceso legal» es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional’. Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).

Finalmente, y en cuanto a los elementos o derechos que componen el debido proceso, la jurisprudencia constitucional reciente, a partir de la interpretación sistemática, axiológica y teleológica de los arts. 115.II, 117.I y II; y, 180 en relación al 13 de la Norma Suprema, ha concluido señalando que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos y garantías, como ser:

“1) Derecho a la defensa; 2) Derecho al juez natural e imparcial; 3) Garantía de presunción de inocencia; 4) Derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; 5) Derecho a un proceso público; 6) Derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; 7) Derecho a recurrir; 8) Derecho a la legalidad de la prueba; 9) Derecho a la igualdad procesal de las partes; 10) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; 11) Derecho a la congruencia entre acusación y condena, de donde se desprende el derecho a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales; 12) La garantía del non bis in idem; 13) Derecho a la valoración razonable de la prueba; 14) derecho a la comunicación previa de la acusación; 15) Concesión al inculcado del tiempo y los medios para su defensa; 16) Derecho a la comunicación privada con su defensor; y, 17) Derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

No obstante, debe tomarse en cuenta que el cúmulo de derechos previamente enumerados, no se constituyen en un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permiten establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo a las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos. Es precisamente en atención a estos elementos constitutivos del debido proceso, que la jurisprudencia constitucional, le ha reconocido una triple dimensión a su ámbito de aplicación; es decir, como derecho fundamental de los justiciables, como principio procesal y como garantía de la administración de justicia” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0094/2015-S1, de 13 de febrero de 2015).

6.6.9. Principio del *Non bis in idem* (artículo 117.II)

Respecto a la garantía del *non bis in idem* y los alcances de su contenido esencial, la jurisprudencia constitucional ha establecido que esta garantía, al igual que el debido proceso, tiene una triple dimensión: es decir, como derecho fundamental, garantía sustantiva y como principio rector del ordenamiento jurídico.

Principio, porque se convierte en una directriz de la administración de justicia que debe ser observada por todas las autoridades y servidores públicos encargados de ejercitar la potestad punitiva del Estado, tanto en el ámbito punitivo como en todo el sistema administrativo sancionador.

Garantía, de carácter normativo constitucional, al constituirse en mecanismo protector dentro de los procesos judiciales o administrativos a través del cual se prohíbe el juzgamiento múltiple por identidad de hechos y la doble sanción por el mismo hecho, por tanto es directamente justiciable y oponible tanto horizontal como verticalmente.

Derecho fundamental, porque constituye una prerrogativa inherente a toda persona, vincula a todos los órganos de poder y se encuentra reconocido por los instrumentos internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7), por tanto su justiciabilidad es directa y oponible tanto horizontal como verticalmente.

En este contexto, es necesario señalar que el principio del *non bis in ídem*, está conformado por dos aspectos esenciales:

- 1) El *componente material*, que garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción del mismo bien jurídico.
- 2) El *componente procesal*, en virtud del cual, nadie puede ser sometido a doble juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, por tanto, en base a este elemento, se garantiza la prohibición de juzgamiento *ex novo* bajo una calificación jurídica diferente de los mismos hechos.

En tal sentido, este principio que a su vez se configura como garantía constitucional y derecho fundamental que se opone frente al ejercicio del *ius puniendi*, no sólo en la esfera penal, sino en también en el ámbito de la potestad administrativa sancionatoria en circunstancias en las cuales, se pretenda aplicar una doble sanción o realizar un doble juzgamiento cuando exista identidad de persona, identidad de hecho e identidad de fundamentos, constituyéndose en una garantía constitucional a ser resguardada por el orden constitucional.

En el marco de lo señalado, el aspecto material del principio *non bis in ídem*, garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción del mismo bien jurídico, aspecto que debe guiar al intérprete constitucional a efectos de impedir que su resultado

interpretativo tenga como consecuencia una doble sanción, y en su caso, guiado por dicho principio, evite -con la solución interpretativa- una doble sanción por el mismo hecho (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°2246/2012, de 8 de noviembre de 2012).

Por otro lado, cabe recordar que el entonces Tribunal Constitucional, en su primera etapa, definió a este principio, como: “...la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad” (SC 0506/2005-R de 10 de mayo), identificando en su contenido un elemento sustantivo y otro procesal o adjetivo; comprendiendo el primero la prohibición de ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado; y, el segundo que implica, que nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado; de donde se infiere que, el principio “*non bis in ídem*” será objeto de lesión, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho.

Ahora bien, como se tiene precisado líneas precedentes, se considera en la doctrina al “*non bis in ídem*” como un principio, sin embargo, se constituye en una garantía específica del debido proceso, es por ello que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio “*non bis in ídem*” está consagrado no como un principio, sino como un derecho humano que forma parte del derecho al debido proceso; así se tiene por ejemplo en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que lo consagra en su art. 8.4 mismo que dispone: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”; por otro lado, también se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su art. 14 inc. 7) que establece lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiese sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. Normativa aplicable en base al art. 410 constitucional que establece el bloque de constitucionalidad en el que se incluyen a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, postulado que armoniza con el contenido del art. 256 de la CPE, que indica lo siguiente: “*Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta*”.

En consecuencia, el principio de “*non bis in ídem*” se encuentra consagrado en la Constitución Política del Estado como una garantía jurisdiccional en el art 117.II superior que

a la letra indica “*Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho*”; no obstante por previsión del art. 256 de CPE antes citado se concibe al “*non bis in idem*” como un derecho humano fundamental que forma parte de los elementos configurativos del debido proceso como un derecho de la persona.

Así, la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre, indicó: “*Tomando en cuenta que las normas previstas por los tratados, pactos o convenciones internacionales sobre derechos humanos que hubiesen sido suscritos o ratificados por el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad, haciendo una interpretación integradora de las normas previstas por el art. 16 de la Constitución en concordancia con los instrumentos internacionales antes referidos, se infiere que al formar parte del derecho al debido proceso se constituye en un derecho constitucional de la persona, por lo tanto oponible ante las autoridades públicas y tutelable por la vía del amparo constitucional. Es en esa perspectiva que el legislador ordinario ha previsto, en el art. 4 del CPP, la persecución penal única, referida a que nadie podrá ser procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias, lo que significa la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado*”.

El precitado entendimiento, se condice con los razonamientos de la Corte Constitucional de Colombia que, mediante Sentencia T-520/92, al referirse al alcance del “*non bis in idem*”, sostiene lo siguiente: “*Es una garantía que prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento enderezado a realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios-también fundamentales- como la presunción de inocencia y el derecho de defensa*”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional de España, en la Sentencia 154/1990, al referirse a su finalidad y alcances, ha sostenido que con el principio del *non bis in idem*, “*Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción*”.

Concluyéndose que el “*non bis in idem*”, se constituye en un principio procesal así como también en un derecho humano reconocido y consagrado en los Tratados y Convenios Internacionales e integrado al sistema constitucional boliviano como un derecho fundamental

que forma parte del debido proceso y que se encuentra vinculado además, con el derecho a la seguridad y el principio de la presunción de inocencia. Por lo tanto, este derecho podrá invocarse en el caso de duplicidad de procesos o de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo; en efecto, si la finalidad del derecho al “*non bis in idem*” es evitar el doble enjuiciamiento y la aplicación de la doble sanción, se entiende que la condición para invocarlo es que se hubiese sustanciado materialmente un proceso culminando con una decisión firme en cualquiera de las formas de conclusión previstas por el ordenamiento jurídico vigente.

Entonces, no podrá alegarse vulneración al principio “*non bis in idem*”, cuando alguna de las identidades no se presenta; por ejemplo, cuando el sujeto a quien se le imponen las sanciones, administrativa y penal, no es el mismo, o cuando se trata de hechos diferentes o finalmente, cuando el fundamento de ambas sanciones es distinto (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1361/2015-S2, de 12 de noviembre de 2015).

6.6.10. Principio de irretroactividad de la Ley (artículo 123)

Respecto al principio de irretroactividad de la norma, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia Constitucional N°0334/2010-R, de 15 de junio, citada por la Sentencia Constitucional N°1795/2010-R, de 25 de octubre, señaló lo siguiente:

“El art. 33 de la CPEabrg, disponía que la ley solo tiene efecto para lo venidero; y no así retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente; es decir, uno de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación, así también lo ha establecido el art. 123 de la CPE.

El fundamento jurídico del principio de irretroactividad, es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico, porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas.

La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente. Es por ello, que el principio de irretroactividad no se contrapone con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0770/2012, de 13 de agosto).

Conforme al principio fundamental de irretroactividad de la ley, consagrada por la actual Constitución Política del Estado, la vigencia y aplicación de las leyes en el tiempo sólo opera hacia el futuro, es decir, que las leyes sólo rigen para lo venidero.

Esto significa que son de aplicación obligatoria a partir de su publicación o de la fecha prevista por la propia ley, para aquellos casos en los que el legislador establezca una “*vacatio legis*”. Sin embargo –y conforme estableció la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0067/2015, de 20 de agosto–, cabe también señalar que el principio de la irretroactividad tiene dos excepciones:

“i) La primera excepción es la aplicación retroactiva de las leyes, en casos específicamente definidos en la propia norma constitucional que consagra el principio de la irretroactividad; lo que significa que en los casos expresamente previstos por el constituyente las leyes pueden ser empleadas en forma retroactiva a casos sucedidos antes de su promulgación y publicación.

Al respecto, el art. 123 de la CPE, que consagra el principio de la irretroactividad, ha previsto expresamente la excepción a la regla disponiendo la aplicación retroactiva de la ley en los siguientes casos: “(...) en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y, en el resto de los casos señalados por la misma Constitución”.

ii) La segunda excepción, es la ultractividad de las leyes, que determina que las normas prevalecen en el tiempo, pese a su derogatoria o abrogatoria, y básicamente se manifiesta en dos casos:

a) Cuando un acto acontece en un momento determinado del tiempo, éste se somete a las normas vigentes en esa oportunidad, pero cuando se promulga una nueva disposición que rige la misma materia, se aplica el precepto anterior hasta concluir con el procedimiento establecido, pese a que coexiste otra norma –nueva– en el mismo tiempo; y

b) Promulgación de preceptos menos favorables a las vigentes, referente a actos que se han suscitado en vigor de la anterior disposición, se emplean las primeras sobre la base del principio de favorabilidad, a contrario sensu a la norma prevista en el art. 116.II de la CPE, que prevé que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible y en consecuencia, sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más beneficiosas.

Este último principio se aplica sólo en materia penal. Así, por ejemplo, la SC 0440/2003-R, de 8 de abril estableció que: “(...) cuando se trata de una ley más benigna, relativa a un precepto de naturaleza sustantiva, contenido en esas leyes, es aplicable el principio de retroactividad, o en su caso, de ultractividad, según cuál sea la más benigna para el caso planteado”; por lo que, queda claro que la ultraactividad de la ley se emplea cuando en caso de sucesión de leyes, se aplica la anterior al hecho si ésta era más benigna, ya que además es una excepción al principio constitucional de irretroactividad de la ley; siendo que, permite que la ley vigente al tiempo de la comisión del delito o en el intermedio entre la comisión del mismo y su juzgamiento, sustituida por otra ley más gravosa, siga rigiendo aún después de su derogación, debido a la temporalidad y dada la excepción de las que gozan y por la que tienen vigor sean o no más desfavorables que la ley posterior que la deroga”.

6.7. Los principios constitucionales como elementos indispensables del Estado Constitucional de Derecho

Por otro lado, y a tiempo de referirse concretamente a los principios constitucionales como elementos informadores del nuevo Estado Constitucional de Derecho, la jurisprudencia constitucional recientemente expuesta en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0626/2017 de 30 de junio, ha explicado que la Constitución Política del Estado promulgada en febrero de 2009, supone un tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional

de Derecho, siendo uno de sus principales rasgos su directa aplicación y justiciabilidad; y como anota el Profesor Pedro Talavera: “*La lógica del principio de legalidad -sumisión del juez a la ley- tradicionalmente sostenida por el positivismo europeo, de acuerdo con la teoría garantista se transmuta en el principio de constitucionalidad (vinculación del juez a los valores, principios y derechos consagrados en la constitución, más allá de la ley)*”. Al respecto, la SCP 0112/2012 de 27 de abril, concluyó que: “*La Constitución es una norma jurídica directamente aplicable y justiciable por su órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía, de naturaleza judicial y de composición plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional) así como -atendiendo sus específicas atribuciones- por los jueces y tribunales de garantías que ejercen justicia constitucional; sin exclusión de los jueces o autoridades originarias de la pluralidad de jurisdicciones reconocidos en el texto constitucional (Jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena originario campesina y las jurisdicciones especializadas reguladas por la ley, conforme disponen los arts. 179 y 410 de la CPE), últimos operadores jurídicos, que se constituyen en los garantes primarios de la Constitución*”.

“*En ese marco, la obligatoriedad de observar los principios constitucionales, claramente se materializa a través del mandato previsto por el art. 9.4 de la CPE, al señalar que son fines y funciones esenciales del Estado, garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Norma Suprema, concordante con el art. 108.3 del Capítulo de los Deberes de los ciudadanos y ciudadanas que señala: “Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución*”.

En tal sentido y como se anotó supra, con la finalidad de materializar los principios, valores, derechos y deberes vigentes en el Estado Constitucional de Derecho, el legislador constituyente encomendó al Tribunal Constitucional Plurinacional, la misión de “*Velar por la Supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad, y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, en el marco de los principios del Estado Plurinacional de Bolivia*”; así, la SCP 0121/2012 de 2 de mayo, al referirse a la aplicación directa y eficaz de los derechos fundamentales, expresó lo siguiente: “... el principio de aplicación directa y eficaz de los derechos fundamentales, constituye un postulado que consolida el valor normativo de la Constitución, por el cual, los derechos fundamentales tienen una efectividad plena más allá de un reconocimiento legislativo o de formalismos extremos que puedan obstaculizar su plena vigencia, aspecto que caracteriza la ‘última generación del Constitucionalismo’, en el cual, el fenómeno de

constitucionalización del ordenamiento jurídico, se consagra y alcanza su esplendor a través del principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, el cual se materializa a través del nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación constitucional acompañada de una coherente teoría de argumentación jurídica”.

En ese contexto, entre los principios que son inherentes al Estado Constitucional de Derecho, se tiene: i) El “principio de progresividad de los derechos” previsto por el art. 13.I de la CPE que determina: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”; ii) El “principio de igualdad y no discriminación”, previsto por el art. 14.III de la CPE; iii) El “principio de favorabilidad” -art. 256 de la CPE-; y, iv) El “principio pro actione” en directa vinculación con el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” (las negrillas corresponden a la citada SCP N°0626/2017 de 30 de junio).

6.8. El Control de Convencionalidad

6.8.1. El ejercicio del Control de Convencionalidad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N°0487/2014, de fecha 25 de febrero de 2014, en el marco de nuestro sistema constitucional y la interpretación de los derechos y garantías, ha establecido que los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad en nuestro país³³, de acuerdo al siguiente entendimiento:

33. Este entendimiento, tiene su antecedente en un caso en que el Tribunal Constitucional (en período de transición) tuvo que analizar la problemática de los derechos del menor, su protección y el control de convencionalidad, ocasión en la cual señaló que como órgano encargado de la defensa de los derechos humanos, aparte del control de constitucionalidad, realiza también entre sus labores, el Control de Convencionalidad, resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano; y agregó: “El menor en cuanto a sus derechos, no sólo encuentra protección en la legislación interna del Estado, sino también en los instrumentos internacionales, a los cuales se ha adherido a través de la suscripción y ratificación de los mismos, cuya aplicación y efectividad en la actualidad se la efectúa a través del denominado ‘Control de Convencionalidad’. Este mecanismo se ejerce por los Jueces y Tribunales, respecto a la compatibilidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos que son de su conocimiento, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; teniendo en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana; toda vez que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el referido Pacto de San José de Costa Rica, sus jueces también están sometidos a sus entendimientos, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.” (Cfr. Sentencias Constitucionales N°1888/2011-R, y N°1907/2011-R, ambas de 7 de noviembre de 2011). Posteriormente, en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1250/2012, de 20 de septiembre, se ha podido observar que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a tiempo de realizar el control de constitucionalidad de la norma prevista por el artículo 162 del Código Penal (que tipificaba como

“Conforme se ha señalado, los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, debiendo hacerse mención, fundamentalmente, a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el marco de lo señalado precedentemente, es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no sólo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a efectuar el control de convencionalidad, a efecto de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ambos casos, los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a las

delito de desacato la acción de calumniar, injuriar o difamar a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas), también realizó el control de convencionalidad de dicha norma penal sustantiva; aplicando para ello la interpretación realizada por la Corte Interamericana del artículo 13.2) de la CADH en la Sentencia del *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. De ahí que, en la referida Sentencia Constitucional, el Tribunal Constitucional no solamente ha realizado el contraste de la disposición penal sustantiva impugnada en la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, con las normas de la Constitución, sino también con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que del artículo 13.2) realizó la Corte Interamericana; de manera que, si bien no de manera explícita sino implícita, declaró la *inconventionalidad* de dicha disposición a tiempo de declarar su inconstitucionalidad; pues ello subyace de los fundamentos jurídicos expuestos en la misma Sentencia Constitucional. RIVERA SANTIVAÑEZ (2016).

normas de la Ley Fundamental y las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, cuando dicha interpretación no es posible, formular, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta”.

Posteriormente, la SCP N°0572/2014, de fecha 10 de marzo de 2014, complementa este entendimiento al establecer expresamente que:

“(...) tanto el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE) como el de convencionalidad (arts. 13.IV y 256 de la CPE) -que en mérito al bloque de constitucionalidad previsto en el art. 410 de la CPE, queda inserto en el de constitucionalidad- exigen a las autoridades interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional. Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad (...)”.

De igual manera, en la SCP N°0006/2016, de fecha 14 de enero de 2016 –a tiempo de precisar los criterios para la interpretación de los derechos fundamentales–, se hizo referencia al Control de Convencionalidad³⁴ para resolver la problemática planteada en el caso; de ahí que, intentando sistematizar la jurisprudencia más relevante sobre el tema, cita la SCP 0783/2015-S1 de 18 de agosto, que con relación al bloque de convencionalidad señaló:

34. Cabe señalar que la SCP 0972/2014 de 27 de mayo, sobre el control de convencionalidad, recoge los razonamientos de la SCP 1617/2013 de 4 de octubre, señalando que: “...deben mencionarse a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro persona (pro homine) y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la Constitución o en las normas del bloque de constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de -ejerciendo el control de convencionalidad- interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificado o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”..

“En el orden de ideas expuesto, toda vez que de acuerdo al art. 13.IV de la CPE, los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo al bloque de convencionalidad imperante, es decir en el marco del contenido de los tratados internacionales referentes a derechos humanos, es evidente que en virtud a esta pauta, deben aplicarse las mismas de interpretación para derechos plasmados en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que forma parte del Bloque de Constitucionalidad del Estado Plurinacional de Bolivia y que en su contenido esencial, reconoce la esencia jurídica del principio pro-homine, pauta a partir de la cual, en el marco de favorabilidad y eficacia máxima de los derechos fundamentales, la teoría constitucional ha desarrollado el principio pro-actione, el cual está destinado precisamente a resguardar una vigencia real de los derechos fundamentales, siendo el encargado de ese rol el contralor de constitucionalidad, por ser éste en los estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el último y máximo garante de los derechos fundamentales. (...)”.

Entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional vinculante, todas las autoridades, pero sobre todo los jueces y tribunales, están obligados a analizar si las disposiciones legales que aplicarán en los casos concretos, son compatibles con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos e inclusive con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; vale decir, que deben efectuar un verdadero Control de Convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y garantías previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

6.8.2. El supuesto “Control de Convencionalidad” en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017

Para finalizar, cabe señalar también que recientemente se ha pronunciado la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, de fecha 28 de noviembre de 2017³⁵, en uno de cuyos fundamentos se ha precisado la naturaleza jurídica y características del Control de Convencionalidad, así como su desarrollo jurisprudencial a nivel interamericano.

35. Mediante la citada Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0084/2017, emergente de la Acción de Inconstitucionalidad abstracta interpuesta por los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) decidió: 1) De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 256 de la Norma Suprema, declarar la APLICACIÓN PREFERENTE del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los derechos políticos, sobre los artículos 156, 168, 285.II, y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: “por una sola vez de manera continua” de los artículos 156 y 168, y “de manera continua por una sola vez” de los artículos 285.II, y 288, conforme a los fundamentos jurídico constitucionales expresados en la misma Sentencia; 2) Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD de los artículos 52.III en la expresión “por una sola vez de manera continua”, 64 inciso d), 65 inciso b), 71 inciso c) y 72 inciso b) en el enunciado “de manera continua por una sola vez” de la Ley N°026 del Régimen Electoral, de 30 de julio de 2010.

No obstante, y en el marco de la temática propuesta en este trabajo, únicamente interesa poner de relieve que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha dejado establecido entre sus fundamentos jurídicos, lo siguiente:

“El reconocimiento de los tratados de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad, como normas de rango constitucional, no solo implica su reconocimiento de su jerarquía constitucional, sino que existe un mandato imperativo que ordena que aquellos tratados tienen aplicación preferente cuando garanticen de mejor manera la vigencia de los derechos humanos, esto es que los mandatos de la Constitución ceden cuando un Tratado y Convenio internacional en materia de derechos humanos, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; y sirven también como pauta de interpretación cuando prevean normas más favorables, refiriéndose a las de la Constitución (art. 256 CPE). Por ello este Tribunal, los jueces ordinarios y en fin todos los órganos del poder público tienen el mandato imperativo de proteger los derechos fundamentales, a través del control de constitucionalidad y convencionalidad, que no solo alcanza a las normas infra constitucionales sino a la Constitución misma.”

En relación a los alcances de la polémica Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, y sobre la base de las precisiones anteriormente desarrolladas en este trabajo, acerca del significado y alcance del Control de Convencionalidad, considerando su notable evolución y desarrollo en la jurisprudencia interamericana; cabe señalar que si bien es evidente lo afirmado por Eduardo Ferrer Mac Gregor (en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010), en sentido de que el control de convencionalidad en el ámbito interno *“convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana... (Lo que equivale a decir que) Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional.”*; ello no puede quedar librado a la discrecionalidad del juez nacional, ni mucho menos puede ser utilizado a conveniencia por un juez constitucional (movido por las circunstancias del caso que le corresponda resolver), porque esa labor interpretativa debe obedecer esencialmente a la necesidad de protección de derechos humanos y fundamentales en un Estado, una vez verificada la incompatibilidad manifiesta entre las normas nacionales y las normas contenidas en la CADH.

Asimismo, no se debe perder de vista, que si bien no existe monopolio alguno en la interpretación de la CADH, quien tiene la calidad de supremo intérprete de la CADH es precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Por ello, el juez interamericano Ferrer Mac Gregor en su citado Voto razonado, ha dejado establecido que:

“no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.”

Cabe hacer notar que en el caso de la SCP N°0084/2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha decidido otorgar una aplicación preferente a un instrumento internacional de protección de los derechos humanos, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al amparo de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana:

“A partir de lo que se establece en los arts. 13.IV y 256 de la CPE, los derechos fundamentales que consagra el orden constitucional, deben ser interpretados de acuerdo a lo que determinen los tratados internacionales que en materia de derechos humanos hayan sido ratificados por Bolivia; instrumentos que conforme se verá infra, son de preferente aplicación inclusive respecto a la propia Constitución, en los casos de que prevean normas más favorables para la vigencia y ejercicio de tales derechos, por lo que de acuerdo a lo establecido por nuestra Norma Suprema, las normas del derecho internacional sobre derechos humanos, en Bolivia, adquieren rango supraconstitucional; vale decir, que en las condiciones anotadas, se encuentran por encima de la Constitución, lo cual deriva necesariamente en el control de convencionalidad, con el objeto de establecer la compatibilidad o incompatibilidad de las normas de la Constitución Política del Estado y las leyes (lato sensu), con las normas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, mediante la realización de una labor hermenéutica.”

Sin embargo, para lograr su objetivo, únicamente ha expuesto argumentos forzados que tergiversan el verdadero sentido y finalidad del Control de Convencionalidad, dado que entre sus fundamentos jurídicos no ha logrado demostrar con argumentos jurídico constitucionales, que dicho instrumento internacional determine la existencia de un derecho humano a ser reelegido (indefinidamente), cual era el propósito de los accionantes; así como tampoco ha evidenciado que exista algún grado de contradicción o incompatibilidad manifiesta entre las normas de la Constitución, y las disposiciones de la CADH, más aún si se considera que de una simple comparación entre el contenido y alcances de los derechos políticos consagrados

en la Ley Fundamental del Estado Plurinacional de Bolivia, frente a los derechos políticos consagrados en la CADH, queda claro que las normas de la Constitución resultan mucho más favorables y amplias en sus alcances para asegurar la eficacia de esos derechos que son vitales para el desarrollo democrático de la sociedad.

Entonces, es evidente que los supuestos fácticos en los que se debe activar el control de convencionalidad, no se han sustentado de manera suficiente en la reciente Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que por cierto, fue una decisión emergente del *control normativo* de constitucionalidad activado a través de la Acción de Inconstitucionalidad abstracta, y que tenía por finalidad esencial, verificar las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones constitucionales y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Por ello, resulta irrazonable la conclusión de aplicar preferentemente una norma internacional como la CADH, cuando no se ha demostrado la existencia de incompatibilidad alguna, o que este instrumento determine la existencia de un derecho humano a ser reelegido (indefinidamente), único supuesto fáctico que de encontrarse previsto en esa forma, claramente resultaría mucho más favorable (para los intereses particulares de un caudillo, claro está; pero no así para la democracia).

Sin embargo, ello no ha sucedido en ese caso, por lo que, el grado de favorabilidad de este instrumento internacional, no es evidente, y tampoco se ha justificado su aplicación preferente. De ahí que, resulta una falacia lo sostenido en la misma Sentencia objeto de análisis, cuando tratando de justificar lo injustificable, sostiene: *“Ahora bien, respecto a la compatibilidad entre la norma interna, como lo es la Constitución boliviana y la Convención, al ser la segunda de preferente aplicación en cuanto a la protección de derechos humanos por prever ésta, al menos en el presente caso, derechos más favorables a la propia Norma Suprema boliviana, se debe dejar de aplicar la norma interna si ésta es menos favorable”*.

En consecuencia, existen serios fundamentos jurídicos –entre muchos otros–, para sostener que se ha emitido una Resolución contraria a la Constitución y las leyes en el Estado Plurinacional de Bolivia, que además ahora se encuentra en riesgo de ser sujeto de responsabilidad internacional por no haber realizado un control (adecuado, razonable e idóneo) de convencionalidad, quebrantando así el orden constitucional y el sistema democrático.

7. CONCLUSIÓN

Como se puede advertir, es indudable la importancia de los principios fundamentales consagrados por la Constitución y desarrollados ampliamente por la jurisprudencia constitucional en Bolivia, para su estricto cumplimiento en la administración de justicia; y lo que se ha intentado en el presente trabajo, es sistematizar el desarrollo jurisprudencial que han tenido determinadas materias e institutos jurídicos en el ámbito de la jurisdicción constitucional, seleccionando algunos de los principales pronunciamientos emitidos desde la perspectiva del control, defensa e interpretación de la Constitución; tarea que con algunos aciertos y otros lamentables retrocesos, está desarrollando el Tribunal Constitucional Plurinacional, instituido como el *máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*, con la cualidad adicional de defensor de los Derechos Fundamentales, y por lo mismo, se debe comprender que su función principal es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como la vigencia plena de los derechos y garantías constitucionales de todos(as) los(as) ciudadanos(as).

En esa perspectiva, resulta muy importante destacar las principales líneas jurisprudenciales creadas con bastante acierto por el máximo órgano contralor de la constitucionalidad en el país durante sus dos décadas de vigencia; debiendo resaltarse que muchas de ellas se han mantenido incólumes hasta el día de hoy, aunque ciertamente, muchas otras han sido moduladas y superadas en la búsqueda de una mejor protección efectiva de los derechos humanos y fundamentales en Bolivia, más aún si se considera que en la actualidad, por vía jurisprudencial se ha establecido la doctrina del estándar más alto de protección de los derechos humanos, lo que constituye una buena iniciativa que coadyuvará a instaurar el activismo judicial con que se debe ejercer el control de constitucionalidad.

CAPÍTULO XVI

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: LEITURA CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E NAS OBRIGAÇÕES DE ALIMENTOS

TEORÍA DEL CUMPLIMIENTO SUSTANCIAL: LECTURA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN CONTRATOS DE ALINEACIÓN FIDUCIARIA Y LAS OBLIGACIONES DE DE ALIMENTOS

*Sérgio TIBIRIÇÁ AMARAL**

*Gisele Caversan BELTRAMI MARCATO***

1. INTRODUÇÃO

No campo do direito das obrigações, é possível correlacionar a mora com o inadimplemento, que fazem parte do Direito Civil brasileiro. Já o adimplemento, por sua vez, é tido como o cumprimento da obrigação contratual, escapando, portanto, da incidência daquela. Entre essas duas vertentes, na zona intermediária caminhando para o lado oposto

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br.

** Doutoranda e Mestre pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Toledo Prudente. Docente nas disciplinas de Direito Processual Civil e Prática Civil do Centro Universitário Toledo Prudente.

ao inadimplemento, tem-se o adimplemento substancial. Que mesmo sendo incompleto, encontra-se na zona limítrofe do cumprimento, do desejado.

Os institutos clássicos do direito das obrigações, incluindo adimplemento e inadimplemento são revisitados à luz dos valores da Constituição de 1988, além dos princípios e cláusulas gerais do Código Civil. São modificadas aquelas tradicionais noções de obrigação que foram consubstanciadas na ideia de total submissão do devedor ao credor, para serem substituídas em novos conceitos das relações que surgem por força da Lei Maio. A finalidade é harmonizar direitos e deveres recíprocos que convergem para a busca de um fim como: o adimplemento, dentro de uma visão constitucionalizada.

Delimitando a temática, artigo teve como escopo a análise do instituto do adimplemento substancial aplicado nas obrigações contratuais na ordem social atual, configurando-se o objetivo geral do presente artigo mostrar a influência do Direito Constitucional nesse ramo do direito. De maneira, mais específica objetiva-se o estudo jurisprudencial do modo como vem sendo aplicado o instituto, os critérios de aplicação e as hipóteses de inaplicabilidade, além das consequências na ordem sócio –econômica e nas atuais relações contratuais, além dos princípios constitucionais utilizados na interpretação. Como forma de dar feição à problemática apresentada foi feito o contraponto de julgados que se limitaram à análise quantitativa do instituto do inadimplemento substancial em oposição ao julgamento pautado na análise aprofundada dos deveres principais e anexos dos contratantes, tendo como base a Lei Maior do Brasil.

Para tanto foi necessário o estudo sistematizado do surgimento da Teoria do Adimplemento Substancial, que se deu no sistema *common law*, ou seja, em meio a precedentes judiciais. Há, portanto, peculiaridades a serem analisadas que demonstram uma irradiação do Direito Constitucional para essa teoria.

Portanto, o presente trabalho é organizado por meio da divisão da dessa análise em: ordenamentos derivados do sistema *common law* e do *civil law*.

Os países analisados representativos de ambos os sistemas foram: Inglaterra, Itália, Alemanha, Portugal, Argentina, França e Espanha. Fechando à análise comparativa do instituto nos mais diversos ordenamentos jurídicos foi analisado o ordenamento jurídico brasileiro baseado na interpretação sistemática e principiológica da Constituição de 1988.

A Inglaterra foi apontada como pioneira na aplicação do adimplemento substancial com o caso Kingston versus Preston de 1774. No caso telado Preston, comerciante de seda, por meio de um contrato se obriga a vender seu comércio à Kingston, seu aprendiz. Kingston deveria pagar-lhe de maneira parcela mediante o oferecimento de uma garantia. Preston não transfere o negócio à Kingston sob a alegação de que este não cumpriu com a parte que lhe cabia referente à garantia contratualmente prevista. O caso chega a Corte Inglesa e cria parâmetros para aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, uma vez que identifica e define três tipos de obrigações: independente, dependente e mutuamente dependente. E caracteriza o inadimplemento em cada uma delas.

Ainda na Inglaterra, o trabalho concentra-se na análise de outro precedente emblemático: caso Boone versus Eyre. Esse precedente fixa o tipo de obrigação e, a partir daí, considera justificável ou não o seu descumprimento. Boone vende terras e escravos a Eyre. Além disso, Boone se obriga a garantir a utilização pacífica dessas terras. E Eyre, por sua vez, efetuará um pagamento inicial que seria seguido por parcelas anuais. O contrato esbarra na fuga dos escravos. E, Eyre, diante disso, atrasa o pagamento. Boone, então, ingressa com uma ação de cobrança, assim o caso é levado ao Tribunal, onde são elaborados os contornos do que seria o adimplemento substancial.

Tanto a análise do ordenamento jurídico italiano, quanto o alemão, o português e de igual modo o argentino apresentam como base o estudo de dispositivos legais, pois em todos há expressa previsão do instituto do adimplemento substancial. Cada qual com suas peculiaridades.

Na Itália, por exemplo, há a utilização da expressão “scarsa importanza” para configurar o descumprimento contratual na hipótese de adimplemento substancial. Na Alemanha trabalha-se com a insignificância do inadimplemento. Em Portugal, o adimplemento substancial é expressamente previsto no Código Civil no artigo 802, que repete a ideia de escassa importância do direito italiano.

Na Argentina, há previsão legal expressa acerca do adimplemento substancial, onde se permite a resolução do contrato se o inadimplemento for tido como essencial.

Na França e na Espanha, não há previsão expressa acerca do adimplemento substancial. Contudo, sua aplicação é possibilitada por meio de critérios hermenêuticos pautados no princípio da boa-fé objetiva. Dessa forma, agindo os sujeitos do contrato de forma a se observar os deveres contratuais subjacentes que orbitam o dever principal de adimplemento, há inclinação para a aplicação da respectiva teoria. Isso significa que se O contratante

observar um padrão ético de conduta em todas as fases contratuais incluindo, até mesmo, o momento de formação do próprio vínculo contratual, atendendo não somente o prescrito nas cláusulas contratuais, mas, sim, por exemplo, o dever de informação, o dever de assistência (pré-contratual) e o próprio dever de cooperação, demonstrando, desse modo, que seu objetivo é que o contrato seja cumprido da melhor forma para todos os envolvidos, haverá demonstração de boa-fé e, de acordo com os Tribunais franceses e espanhóis deverá ser aplicada a Teoria no caso de eventual inadimplemento.

O fechamento da análise comparativa do instituto nos mais diversos ordenamentos jurídicos se dá com o ordenamento jurídico brasileiro. Onde a aplicação do instituto é possibilitada por uma interpretação hermenêutica-integrativa, com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da proibição do enriquecimento sem causa. Aliás, os dois princípios dessa hermenêutica integrativa surgem pelos princípios constitucionais da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Nesse aspecto, o enfoque do trabalho passa a ser a função do operador do direito na aplicação desses conceitos constitucionais que se fazem presente no direito civil.

Por uma aplicação lógica racional a aplicação do instituto ficaria obstada por falta de expressa disposição legal. Entretanto, por uma lógica razoável a aplicação seria possível através da conjugação de princípios, da ponderação, da análise de deveres anexos ao contrato, carga axiológica do contrato.

Desse modo, é feito um contraponto do papel do magistrado diante desses dois cenários levando em conta também a hierarquia normativa.

O trabalho segue sistematizado pela análise jurisprudencial em relação à aplicação do adimplemento substancial nos Tribunais brasileiros. É feito um panorama geral da jurisprudência e sua tendência constitucionalista.

De maneira específica é analisada a aplicação do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária, dado a recente mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Há a abordagem da crítica direcionada ao critério de aplicação do adimplemento substancial pelas Cortes brasileiras, em situações onde limita-se o reconhecimento do instituto ao critério quantitativo: valor do contrato e valor do que foi devidamente pago.

Nesse caso, a análise deixa à margem questões caracterizadoras de grande importância como: os deveres anexos do contrato, a função social do contrato, a expectativa gerada nas partes, a conduta do credor e do devedor, o ânimo de cumprir o contrato, as consequências socioeconômicas do inadimplemento, etc.

O encerramento do estudo se sob o enfoque do adimplemento substancial na ordem das relações sociais atuais e a necessidade de solução às demandas advindas dessas relações e o reflexo socioeconômico da aplicação do adimplemento substancial.

As consequências sociais e econômicas da aplicação ou não do adimplemento substancial justifica a pesquisa, pois ocasiona significativo reflexo na ordem de evolução das relações contratuais.

A pesquisa utilizou-se como marco teórico autores expressivo e as pesquisas doutrinárias foram feitas também na legislação estrangeira atual e pretérita e nos mais variados julgados e enunciados sobre a temática tratada, bem como dos princípios e valores constitucionais.

Considerou-se na presente pesquisa o estudo das semelhanças e diferenças da aplicação da teoria do inadimplemento substancial entre diversos ordenamentos jurídicos e Cortes Judiciais, como forma de compreender o contrato e sua manutenção como um dos principais dinamos do desenvolvimento social. Este método comparativo foi aplicado com a finalidade de se verificar similitudes e explicar divergências. Além disso, o método dedutivo atribuiu o suporte da referida pesquisa, partindo da análise das teorias, regramentos e aplicação jurisprudencial na como forma de prever a ocorrência do inadimplemento substancial nos contratos contemporâneos.

2. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SEUS ELEMENTOS

A Teoria do Adimplemento Substancial surge no sistema common law, portanto, teve como base o precedente judicial. Trata-se de uma introdução da referida teoria do adimplemento substancial, que é um perfeito exemplo da associação entre doutrina e jurisprudência, com inspiração no Brasil nos preceitos da Constituição.

O precedente que marca o surgimento da Teoria foi o caso *Kingston versus Preston* de 1774. A dinâmica do ocorrido se deu com Preston, comerciante de seda, e Kingston, seu aprendiz. Ambos figuraram como partes de um acordo, onde o primeiro se obriga a vender seu comércio ao segundo. A contraprestação de Kingston se consubstanciava no pagamento de parcelas mensais e o fornecimento de uma garantia em caso de descumprimento do contrato.

Kingston não cumpre com o fornecimento da garantia pactuada. Preston, então se recusa a transferir o negócio como acordado. O caso chega a Corte. Kingston utiliza-se do argumento de que a parte da obrigação que cabia a Preston era independente da parte da obrigação que lhe cabia, isto é, o fornecimento de garantia, na hipótese de descumprimento contratual. O precedente judicial cria, então, parâmetros para a Teoria do Adimplemento Substancial, uma vez que, identifica três tipos distintos de obrigação: independente, dependente e mutuamente dependente. O critério diferenciador desses tipos de obrigação incide sobre a relação entre a prestação e a contraprestação dos contratantes. Na obrigação independente, uma não depende da outra. Na dependente a prestação de um contratante revela-se condição prévia para a contraprestação do outro. E o que difere esse tipo de obrigação da mutuamente dependente, é que nesta a execução da prestação e da contraprestação deve se dar de maneira simultânea. Kingston em sede de defesa alega a obrigação existente entre ele e Preston é independente. Isso significa que, independentemente, de ter cumprido com sua parte no acordo, Preston deveria ter cumprido com o que lhe cabia. A corte decidiu pelo não acolhimento da alegação de Kingston, e reconheceu que diante de seu não cumprimento do acordo, Preston ficaria isento de cumprir com sua parte, ou seja, a venda do negócio¹.

Ainda é possível citar o caso Boone versus Eyre. Esse precedente também se baseia no tipo de obrigação e, a partir daí, considera justificável ou não o seu descumprimento.

Boone vendeu terras e escravos a Eyre. Boone se obriga a garantir a utilização pacífica dessas terras. E Eyre, por sua vez, efetuará um pagamento inicial que seria seguido por parcelas anuais. Ocorre que é surpreendido pela fuga dos escravos. E, diante disso, atrasa o pagamento. Boone, então, ingressa com uma ação de cobrança. Eyre em sede de sua defesa alega que o acordo se baseia em uma obrigação dependente, ou seja, sua contraprestação dependeria do cumprimento da prestação de Boone. O pedido de cobrança de Boone é julgado procedente pela Corte, sob o argumento de que, ficava caracterizada a obrigação como independente, já que a fuga dos escravos não configura cláusula essencial do contrato. Oportuno pontuar que a Corte julga procedente o pedido de condenação ao pagamento do avençado requerido por Boone, desde que este repare Eyre em perdas e danos².

1. BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. *The Modern Law Review*, v. 38, n. 4, p. 413-428, jul. 1975, p. 415-416 (tradução nossa).

2. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993; SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010 e BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Essa cláusula essencial do contrato, que deriva da autonomia de vontade das partes, é que violada levará a resolução do contrato. Assim cláusulas acessórias não a autorizariam.

Em outras palavras: a violação de cláusulas essenciais é o start para o surgimento do direito extintivo do contrato por parte de quem foi prejudicado pelo descumprimento.

Apesar de a origem ser inglesa a Teoria do Adimplemento Substancial se disseminou em outros ordenamentos e ganhou notas específicas.

Para uma melhor visualização das características do instituto do Adimplemento Substancial em outros ordenamentos jurídicos, o presente trabalho, o dividirá em duas etapas: 1-) Análise dos ordenamentos jurídicos de *common law*; 2-) Análise dos ordenamentos jurídicos de *civil law*.

Em ordenamentos jurídicos de *common law*, a análise para que se configura-se o inadimplemento, e a conseqüente, resolução justa do contrato se pautava em um critério objetivo: o inadimplemento é ou não fundamental (*fundamental breach*)³. Isso significa que a extinção contratual somente poderia ocorrer quando o inadimplemento representasse a uma violação frontal ao contrato, uma quebra contratual fundamental.

Uma melhor explicitação: O que fora adimplido até o presente momento é insuficiente? O que fora inadimplido é o bastante para representar a quebra frontal desse contrato?

Se o adimplemento é tido como insuficiente. De outra banda: o inadimplemento é, portanto, causa de quebra fundamental desse contrato, o pedido de resolução, de extinção deve ser julgado procedente, ou seja, a parte prejudicada pelo inadimplemento detém o direito extintivo desse contrato.

Nesse sentido, Vivien Lys Porto⁴ explica a caracterização do adimplemento substancial quando o que foi cumprido no contrato apresenta maior proporção, quando o inadimplemento não representa gravidade para esse contrato.

3. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 62.

4. “Assim, por exclusão, as hipóteses que não ventilam violação à obrigação fundamental ensejam a caracterização do adimplemento substancial (substancial performance) ao se verificar objetivamente a maior proporção da parte cumprida da prestação, a ausência de importância da obrigação descumprida e da pouca, quase nula, gravidade do inadimplemento.” (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38).

Já nos ordenamentos de *civil law* é possível citar o ordenamento italiano que traz como elemento caracterizador do adimplemento substancial a chamada *scarsa importanza*⁵(escassa importância).

O critério utilizado na Itália para considerar que o inadimplemento não é capaz de gerar a extinção do contrato é: o inadimplemento representa uma escassa importância.

O que foi adimplido até o momento representa considerável importância para o contrato e para as partes? Se a resposta for positiva, não será possível a resolução desse contrato.

No mesmo sentido se baseia o Código Civil alemão, que trabalha com a ideia de insignificância do inadimplemento. E quando assim for não será permitida a resolução do contrato⁶.

É possível constatar que em ambos ordenamentos jurídicos, italiano e alemão, há uma escala de valoração do inadimplemento. E, quando este se apresentar como de escassa importância ou insignificante, respectivamente, será permitida a resolução do contrato⁷.

No ordenamento jurídico português o adimplemento substancial é expressamente previsto no Código Civil no artigo 802⁸.

A disposição legal citada repete a ideia de escassa importância do direito italiano. E dispõe expressamente que não cabe ao credor extinguir o contrato se o cumprimento parcial efetivado atende a seu interesse e o inadimplemento representa escassa importância⁹.

Importante mencionar que no ordenamento jurídico argentino há expressa previsão acerca do adimplemento substancial. Na previsão permite-se a resolução do contrato

5. Art. 1455, Codice Civile - “Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra.” Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 04 mar 2019.

6. BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

7. ITÁLIA. UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2017.

8. Artigo 802.º, Código Civil - (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf. Acesso em: 04 mar 2019.

9. CHINÉ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di Diritto Civile*. Roma: Nel Diritto, IV Edizioni, 2013, p. 1369;

se o inadimplemento for essencial, e para tanto deve ser levado em conta à finalidade do contrato¹⁰. Nas alíneas que se seguem ao caput do artigo que possibilita a rescisão mediante inadimplemento essencial, têm-se algumas hipóteses do que seria considerado essencial em sede de inadimplemento contratual.

Tanto o ordenamento jurídico francês¹¹ quanto o espanhol¹² não apresentam previsão expressa acerca do adimplemento substancial. Contudo, sua aplicação é possibilitada por meio de interpretação hermenêutica pautada no princípio da boa-fé objetiva.

Ainda na análise do adimplemento substancial, oportuno citar a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias de Viena, uma vez que há nela previsão de limitação a possibilidade de resolução do contratual, que também se fundamenta na hipótese de violação fundamental do contrato.

Trata-se do artigo 51 que possibilita a resolução do contrato na hipótese de inexecução parcial ou de falta, apenas se estas configurarem uma violação fundamental do contrato¹³. Portanto, havendo o adimplemento substancial a resolução do contrato resta obstada.

É possível observar que não há um método ou critério objetivo que possibilita constatar se se estará diante do adimplemento substancial ou, em contrapartida, violação fundamental. Volta-se o foco da presente pesquisa para o artigo 25, da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que determina que se configura “fundamental” o descumprimento contratual que resultar em prejuízo tal que prive a parte lesada do que obteria com a respectiva contratação. Diante desse quadro, o descumprimento passa a ser considerado substancial. Além disso, referida norma traz, ainda,

10. ARTÍCULO 1084.- Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. Acesso em: 04 mar 2019.

11. Article 1.184 La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?>. Acesso em: 04 mar. 2019.

12. Artículo 7 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe Artículo 1.258 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>. Acesso em: 04 mar. 2019.

13. Artigo 51 (2) - O comprador apenas pode declarar a resolução do contrato na sua totalidade se a inexecução parcial ou a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm. Acesso em 05 mar. 2019

o requisito da previsibilidade, uma vez que, determina que a gravidade da falta seja possível de ser percebida pelo contratante faltoso, ou seja, o rompimento das expectativas do contratante pelo descumprimento deve ser previsível a parte faltosa. Para Joseph Lookofsky (2012, p. 83) : “(...) o art. 25 define o descumprimento fundamental em termos de um (previsível) detrimento substancial”.¹⁴

É possível concluir que todos os requisitos trazidos pela referida Convenção mostraram-se abertos, pois trabalha com a ideia de que o descumprimento substancial dependeria da configuração de uma “grave violação contratual”, o que denota, mais uma vez, a indeterminação e a falta de objetividade como características. Para Ulrich Schroeter “os contornos do ‘descumprimento fundamental’ são, portanto, tão vagos ou precisos como as expectativas das partes no contrato visto pelas lentes do art. 25, e standards gerais somente entram em cena quando as próprias partes contratuais falharam na construção deste cenário”¹⁵. Por isso caberá ao julgador com base nos valores constitucionais e os do Código Civil, além de padrões éticos vigentes, analisar cada caso concreto.

Por se tratar de interesses particulares e individuais, no que tange às expectativas que cada contratante apresenta em um contrato, é que caberá especificamente a elas essa delimitação. Portanto, somente diante do não cumprimento, e que seja substancial, restará configurado o descumprimento fundamental, sob a ótica do artigo 25, CISG.

De todo regramento analisado constata-se a tendência de limitação ao direito extintivo da parte em relação ao contrato, buscando-se evitar práticas que violem a boa-fé objetiva e o abuso de direito. A manutenção do contratual é objetivada quando presente o adimplemento substancial em todos os ordenamentos jurídicos e regulamentações analisados.

Talvez a crítica resida justamente em relação à topografia do adimplemento substancial, localizado em uma zona cinzenta ladeada pela violação fundamental do contrato.

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão legal expressa acerca do adimplemento substancial. Entretanto, inegável que sua aplicação poderá ser feita com base em uma interpretação hermenêutica pautada na principiologia jurídica.

14. FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 11. pp. 55-66, 1996, p. 15.

15. SCHROETER, Ulrich. *op.cit.*, 2010, p. 405.

O juiz deve buscar, com a aplicação da lei, a justiça. Respeitando valores universais arraigados no meio social. Trata-se da chamada Teoria do Razoável, preconizada por Recasens Siches. O jusfilósofo espanhol defendia a observância à lei, pois para ele não cabia ao magistrado legislar. Entretanto, deveria interpretar o verdadeiro sentido da norma, a chamada *mens legis*. Nesse sentido, a atividade jurisdicional andaria de mãos dadas com a atividade legiferante¹⁶.

Nesse aspecto, a ideia preconizada nesse teoria leva em conta critérios axiológicos, o que se opõe à lógica formal, a diferenciam da lógica binária: sim ou não, ser ou não ser, tudo ou nada.

Assim a lógica do razoável se funda na ideia de várias soluções possíveis a um determinado caso concreto. Há a aplicação de ponderações, a fim de que se chegue a uma gama de diversidades de soluções possíveis, entre elas a mais justa.

É nesse sentido que Recaséns Siches defende a aplicação da lógica do razoável, como a mais adequada à interpretação do Direito, já que se trata de uma ciência que dialoga com valores, mais do que com significados.

Até porque, para o jusfilósofo espanhol nenhuma lei é completa. A completude deve ser buscada e alcançada pelo juiz em sua sentença, quando aplica a lei.

Nesse sentido, tem-se que ao juiz é atribuída verdadeira função de criador. Isso porque os fatos são a ele levados através da ótica das partes, e este os reconstrói, ponderando todas as circunstâncias que os orbitam, considera os mais relevantes, despreza os inúteis a formação da sua convicção na busca pela verdade, e seleciona a norma a ser aplicável ao caso concreto.

Indiscutível, portanto, que o juiz exerce um juízo de valor sobre a demanda que a ele é levada a análise. Obviamente, que essas valorações devem pertencer ao ordenamento jurídico, e não a ele de modo pessoal.

Após essa breve exposição acerca do pensamento do jusfilósofo espanhol, é de se considerar que a lógica formal não se coaduna com a busca pela justiça, isso porque a lógica formal é distante do juízo de valores, que nessa atividade é imprescindível.

16. “El legislador se propone con sus leyes realizar de la mejor manera posible las exigencias de la justicia. Entonces, si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir exactamente al mismo fin que se propuso el legislador.” (SICHES, Luis Recasens. Tratado general de filosofía del derecho. 19. ed. México: Porrúa, 2008, p. 660-661).

Nessa atuação jurisdicional, pautada na lógica do razoável, na aplicação de axiomas, o juiz deve antecipar-se e identificar, mentalmente, os efeitos que a aplicação de determinada norma produzirá, seus efeitos econômicos, sociais e pessoais na vida dos jurisdicionados.

Um dos pilares para aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da boa-fé objetiva.

Antes das previsões expressas desse princípio no Código Civil de 2002, o que será analisado oportunamente, o Código de Defesa do Consumidor já o aplicava de forma eficiente, conforme art. 4º e 51¹⁷. Tanto a relação entre consumidor e fornecedor quanto às obrigações pactuadas entre eles devem observar a boa-fé. Referido diploma legal, apresenta como coluna vertebral a busca pelo equilíbrio entre as partes (consumidor e fornecedor), o que pode ser comprovado pelo fato do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), ter estabelecido normas específicas que impõe de maneira peremptória o dever de se agir pautado na boa-fé objetiva nas relações de consumo, tanto no que se refere à formação contratual, quanto na respectiva execução. Toma-se o exemplo do art. 4º, III, do CDC, que preconiza que a própria interpretação das normas consumeristas devem ser pautadas na boa-fé. Vai além, ao dispor no art. 51, IV do CDC a cláusula geral para a definição do abuso contratual, mas fundado no artigo 170 da Constituição de 1988 que traz os princípios que fundam a ordem econômica.

É no campo do direito obrigacional que a boa-fé objetiva apresenta importante incidência, exigindo dos integrantes da relação obrigacional um comportamento ético, ideal. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques descreve o significado da boa-fé objetiva e seus reflexos nas obrigações pactuadas¹⁸.

17. Art. 4º, CDC - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.(grifo nosso)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (destaque nosso). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

18. “Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do contrato e a realização dos interesses das partes”. (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 216).

O cumprimento do contrato deve sim ganhar significativa valoração, deve ser o fim de qualquer relação contratual. Entretanto, que esse fim seja perseguido de forma leal, sem abuso, sem desequilíbrio entre as partes, ou seja, sem ocasionar vultosa vantagem para um importando em excessiva desvantagem para o outro.

A regulamentação da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 dá força a referido princípio e sua aplicação passa a ser mais presente, sempre à luz dos valores estabelecidos pela Constituição.

A sua previsão no diploma civilista apresenta várias facetas. A primeira delas é através de técnica hermenêutica-integrativa¹⁹. Sob esse viés o princípio da boa-fé objetiva é aplicado como instrumento de análise das normas pactuadas no contrato. Nesse sentido, terá a função de “tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado²⁰”.

Outra vertente da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 é como fonte de deveres²¹. Assim como os deveres principais acordados no contrato, surgem para os contratantes deveres laterais, que seriam a cooperação mútua, a lealdade, a ética para que o adimplemento seja alcançado de maneira justa. Entendimento já consolidado nos Tribunais Superiores²².

19. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva: “Não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa fé. Tal interdependência manifesta-se mais intensamente nos sistemas que não consagram o princípio da boa-fé, quer como dispositivo de ordem geral, dentro do direito civil, quer como norma geral, dentro do campo mais restrito do direito das obrigações”. (SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. RJ. FGV, 2007. p. 35).

20. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 437.

21. Nas palavras de Maria Helena Diniz: “(...) a boa-fé objetiva, prevista no artigo sub examine, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).6. Recurso improvido.” (REsp 758.518/PR, Rel. Ministro

22. DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).6. Recurso improvido.” (REsp 758.518/PR, Rel. Ministro

O último viés do princípio da boa-fé objetiva se refere ao controle do exercício de direitos subjetivos, como forma de impedir a configuração de abuso de direito por parte dos contratantes²³.

Outro pilar interpretativo que pode servir de base para aplicação da Teoria do adimplemento substancial é a função social do contrato.

Referido princípio preceitua que o conteúdo e o adimplemento contrato deve se dar em conformidade com os interesses sociais. Importante asseverar que na aplicação desse princípio é necessário sopesar as especificidades de cada uma das partes do contrato, bem como os eventuais reflexos sociais que a aplicação desse princípio ocasionara no meio social. Trata-se de um equilíbrio entre direito e economia, e os reflexos sociais dessa relação²⁴.

Paulo Lôbo defende a ideia de que um contrato exclusivamente individual é incompatível o modelo de Estado Social²⁵.

Nesse sentido, o princípio da função social do contrato visa um equilíbrio entre os interesses dos contratantes e da sociedade.

De acordo com o artigo 421 do Código Civil o contrato deve ser preservado. As partes devem agir de forma justa e útil, fazendo concessões recíprocas, se necessárias para a mencionada manutenção contratual.

Não há de se confundir o já citado princípio da boa-fé objetiva com o princípio da função social do contrato. O espectro de incidência é o critério diferenciador, ou seja, quando a conduta de um dos contraentes atingir exclusivamente a outra parte do contrato entra em cena

VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010). Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 06 mar. 2019.

23. Importante mencionar que o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil entendeu que no abuso de direito, a responsabilidade civil é objetiva, ou seja, não depende de culpa. A saber: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” Disponível em: <http://daletth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>. Acesso em 06 mar. 2019.

24. PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Lisboa: Livraria Almedina, 1982; REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERTAJN, Décio. Pacta sunt servanda? O caso dos contratos da soja verde. Disponível em: . Acesso em: 16 mar. 2019;

25. “A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, pela tutela explícita da ordem econômica e social, na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social, haverá função social do contrato.” (LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.).

o princípio da boa-fé objetiva. Em contrapartida, quando o agir de um dos contraentes gerar prejuízo social aplicar-se-á o princípio da função social do contrato. Ressalva-se que não há óbice para aplicação cumulativa dos dois princípios na hipótese de gravame simultâneo ao contratante e a sociedade. Portanto, não há que se falar em incompatibilidade entre o princípio da função social do contrato e a autonomia dos contratantes. Nesse sentido, o Enunciado 23, do Conselho de Justiça Federal²⁶.

Inegável a importância social do contrato. Trata-se de verdadeiro meio de circulação de riquezas, de fomento econômico. Daí a importância de sua manutenção contratual e seu regular cumprimento em detrimento à extinção irregular.

Assim a Teoria do adimplemento substancial dialoga com o princípio da função social do contrato. A leitura é a seguinte: O contrato titulariza importante função na sociedade, a de circular riquezas e fomentar a economia. Por isso esse motivo a sua manutenção e seu regular cumprimento é fundamental para a sociedade. Eventual extinção irregular, por exemplo, mesmo diante do adimplemento social violaria referido princípio. Comunga desse entendimento o Enunciado 361, do Conselho da Justiça Federal.²⁷

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva aborda essa relação entre o princípio da função social do contrato e a Teoria do adimplemento substancial, explicitando que deve prevalecer a manutenção contratual mesmo diante do descumprimento de parte mínima do contrato, desde que se respeite a essencialidade da obrigação, aplicando-se o princípio da função social do contrato que preconiza o equilíbrio contratual²⁸.

Dessa forma, mesmo que haja lacuna legislativa em relação à existência de dispositivo legal expresso nesse sentido torna-se perfeitamente possível à aplicação da Teoria do adimplemento substancial através de uma interpretação hermenêutica pautada nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

26. Enunciado nº 23, do Conselho de Justiça Federal: A função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

27. Enunciado 361: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar à função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

28. O descumprimento de parte mínima do contrato encontra guarida no ordenamento jurídico vigente ao ser relativizado, como efeito da causa denominada função social do contrato (CC, art. 421), de modo a preservar a relação negocial de expressiva importância ao tráfico econômico; coincidindo com o princípio da conservação dos contratos que prestigia a manutenção equilibrada do vínculo obrigacional, se mantida a essencialidade da obrigação dentro da equidade aplicável sob o princípio do pacta sunt servanda que se relativiza mediante o princípio da função social que prima pelo equilíbrio contratual. (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94-95).

2.1 Análise Jurisprudencial da Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Uma das mais antigas aplicações da Teoria do Adimplemento Substancial se deu por meio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tratava-se de uma Ação de Rescisão Contratual onde se pretendeu entabular a compra e venda de um imóvel em prestações de longa duração, em que o comprador quitou todas as parcelas, exceto a última. O contrato era de longa duração. Referida ação foi julgada improcedente com o reconhecimento do adimplemento substancial do contrato²⁹.

O julgamento se deu em 12 de abril de 1988 e foi pioneiro no que se refere à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. No caso telado o critério de aplicação da referida Teoria foi à aferição do valor montante do contrato comparativamente com o que fora cumprido.

Foi do estado do Rio Grande do Sul a introdução da teoria no Direito Civil brasileiro. Sendo feita pelo professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Destaca-se que Ruy Rosado de Aguiar Júnior relator do mencionado e pioneiro julgado fora aluno do professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva.

De maneira geral, a Teoria do Adimplemento Substancial vinha sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro de maneira não aprofundada, já que, por exemplo, dos 24 julgados referentes a uma possível configuração de inadimplemento substancial, 9 não adentraram no mérito por questões processuais, portanto, esse universo passa a ser reduzido para 15 julgados que analisando o mérito, nessas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça, corte que apresenta a finalidade precípua de uniformizar os julgados, se limitou à analisar tão somente os percentuais de valores adimplidos, deixando de lado à análise da conduta de cada sujeito envolvido no contrato, no que tange ao cumprimento dos deveres anexos. Sem aprofundamento de análise do próprio instituo. Como se vê, o critério recorrentemente aplicado era tão somente o quantitativo: o valor contrato em comparação do valor já adimplido. Se o inadimplemento era tido como mínimo, aplicava-se a Teoria e a decisão era pela não resolução do contrato³⁰.

29. EMENTA: CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTAÇÕES DE CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO, MENOS A ÚLTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NÃO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATÓRIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS (Apelação Cível Nº 588012666, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgada em 12/04/1988). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5263708/apelacao-civel-ac-588012666-rs-tjrs>. Acesso em: 20 mar. 2019.

30. “Atualmente, em busca no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, são apontadas 24 (vinte e quatro) ocorrências de julgados colegiados contendo o termo “adimplemento substancial”, dos quais 9 (nove) não adentraram ao

Nesse aspecto, reside a crítica à aplicação desse instituto pelas Cortes Pátrias: o critério é raso, indefinido. O que o torna amplo de maneira demasiada. Os Tribunais, de maneira geral, se limitavam à análise do valor contrato e do que fora adimplido. Deixando de lado análises importantes, como por exemplo: a conduta do devedor mesmo após o adimplemento, se tendente ou não ao cumprimento contratual, as legítimas expectativas que derivam das atitudes tomadas pelas partes no contrato, o não prejuízo do direito do credor em pleitear a quantia devida pelos meios ordinários, etc.

Atribuindo feição à crítica anterior, outros elementos deveriam ser considerados, pois apresentam extrema e relevante importância na contratação, e serão determinantes para a caracterização do descumprimento como fundamental. Salta aos olhos o engessamento da aplicação do adimplemento substancial por mera análise quantitativa. Dentre tantos julgados, cita-se o Recurso Especial nº 1.051.270 - RS - 2008/0089345-5 em que há referência ao pagamento de “31 das 36 prestações contratadas, ou seja, 86% da obrigação total”.³¹

Entretanto, como já mencionado anteriormente, na maioria das vezes os julgados brasileiros se limitam à aplicação do critério quantitativo, deixando de lado análises de fatores importantes, conforme dito alhures³².

mérito da teoria, por questões processuais ou somente a mencionarem no contexto amplo dos atos próprios. Restaram, portanto, 15 (quinze) manifestações de mérito sobre o tema no âmbito da corte que detém o papel de uniformizador de entendimentos jurisdicionais relativos à matéria infraconstitucional. Nas ocasiões em que ocorreu a análise da matéria de fundo, o Superior Tribunal de Justiça se pautou eminentemente de forma a analisar os valores já adimplidos em relação ao total devido, apurando comumente em percentuais o que seria ou não um adimplemento substancial.

Indicando a oscilação na análise da teoria, além do já citado REsp 76.362/MT, pode-se citar o REsp 415971/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se consignou não haver substancialidade devido à “falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio” (CHUEIRI, Rodrigo Cunha. Adimplemento substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro. – Recife: O Autor, 2014).

31. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

“No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. (destaque nosso)”. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.270 - RS (2008/0089345-5). Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820014/julgado-do-stj-sobre-o-adimplemento-substancial-no-contrato-de-leasing>. Acesso em: 20 mar. 2019).

32. “É possível constatar que a jurisprudência brasileira reconhece e aplica o instituto do adimplemento substancial ao verificar que o cumprimento do contrato se deu faltando ‘apenas da última prestação’, ou o recebimento pelo credor de ‘16 das 18 parcelas do financiamento’, ou a ‘hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito’. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses ‘em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas’, ou de pagamento ‘que representa 62,43% do preço

Salta aos olhos o engessamento da aplicação do adimplemento substancial por mera análise quantitativa. Dentre tantos julgados, cita-se o Recurso Especial nº 1.051.270 - RS - 2008/0089345-5 em que há referência ao pagamento de “31 das 36 prestações contratadas, ou seja, 86% da obrigação total”³³.

Não que o critério quantitativo seja dispensável ou não seja merecedor da importância a ele atribuída como fundamental para a identificação e aplicação do adimplemento substancial. O que não pode é ser o único. Ser aplicado de maneira isolada e determinante, dispensando-se outras análises aprofundadas sobre o contrato. Isso significa que a análise deva ser casuística e complexa. Passando por critérios qualitativos e subjetivos.

Em sentido contrário se deu o julgamento do Recurso Especial número 758518 PR 2005/0096775-4- STJ, havendo o aprofundamento na análise dos deveres anexos dos contratantes extrapolando, dessa forma, mera análise quantitativa. No referido recurso, o contrato de compra e venda de imóvel, de longa duração, foi inadimplido por 7 (sete) anos. Na maioria dos julgados, à análise acerca do inadimplemento pararia por aqui, ou seja, se limitaria à análise quantitativa. Entretanto, se vislumbrou a atitude da parte lesada que deixou o devedor na posse do imóvel por todo esse período, sem a contraprestação de seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), havendo, portanto, o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. Diante disso, reconheceu-se a violação ao princípio da boa-fé objetiva, reduzindo-se a a penalidade imposta pela Corte originária³⁴.

contratado’.” (A boa fé objetiva e o adimplemento substancial. Direito contratual. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008, p. 140).

33. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

“No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. (destaque nosso)”. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.270 - RS (2008/0089345-5). Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820014/julgado-do-stj-sobre-o-adimplemento-substancial-no-contrato-de-leasing>. Acesso em: 20 mar. 2019.

34. DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento (REsp 758518 PR 2005/0096775-4. Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA.

2.1.1 Adimplemento substancial na alienação fiduciária no STJ

Posicionamento interessante foi a de não aplicação do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária no Superior Tribunal de Justiça (STJ). A decisão data de 22 de fevereiro de 2017, e se posiciona no sentido de que mesmo que o devedor tenha quitado a maior parte das parcelas que se obrigou, vindo a cair em inadimplemento o credor poderá ajuizar ação de busca e apreensão do bem alienado para satisfazer seu crédito. O devedor deverá honrar a obrigação na sua integralidade.

Mesmo diante do adimplemento na maior parte da obrigação assumida, ou seja, mesmo diante do inadimplemento mínimo, os ministros da 2ª Seção, por seis votos a dois, decidiram que o referido adimplemento, mesmo que dá maior parte das parcelas a que se obrigou o devedor, não é possível se afastar da aplicação do Decreto-Lei 911/1969³⁵, que possibilita a ação de busca e apreensão diante da inadimplência, mesmo que ínfima. Votos vencidos do relator Marco Buzzi, e do ministro Luis Felipe Salomão.

O ponto central do julgamento se deu com a análise da tese apresentada pelo requerente, o banco Volkswagen, de que a teoria do adimplemento substancial não apresenta previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas deriva de interpretação hermenêutica e extensiva dos dispositivos do Código Civil.

Por conta disso, o adimplemento substancial não pode se sobrepor à lei especial (Decreto 911/1969) que rege a alienação fiduciária e possibilita a ação de busca e apreensão diante de inadimplência. Desse modo, regra de que lei especial deve prevalecer sobre lei geral.

No caso telado, a instituição financeira ajuizou recurso contra decisão que impossibilitava a busca e apreensão de um veículo, donde se aplicou a tese do adimplemento substancial, uma vez que se constatou o que 92% do contrato já havia sido devidamente cumprido.

Foi argumentado pelo devedor que a quitação de 92% do contrato demonstra latente boa-fé e animo de adimplir referida obrigação.

O inadimplemento se refere a 4 das 48 prestações previstas no contrato de compra e venda do veículo. Assim, se pleiteou que o inadimplemento fosse reconhecido como mínimo.

Publicação DJe 28/06/2010 REPDJe 01/07/2010. Julgamento 17 de Junho de 2010. Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS).

35. Art. 3º - Decreto 911/1969 - O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

Em contraposição o credor alegou que a dada inadimplência não pode ser reconhecida como insignificante, e que a aplicação da tese de adimplemento substancial irá obstar seu direito de ação previsto em lei.

Além disso, na tese de defesa do credor afirma-se que a aplicação da tese do adimplemento substancial na alienação fiduciária, com o fim de se impedir o exercício do direito de se ingressar com a ação de busca e apreensão, ocasionará como efeito reflexo, porém imediato: o risco de perda da eficácia conferida ao instrumento da alienação fiduciária.

Daí se derivará outro efeito social: aumento nas taxas de juros, e assim toda coletividade será prejudicada.

Assim o entendimento do ministro Bellize³⁶, de que na alienação fiduciária o cumprimento deve ser integral. O ministro reputa como “incongruente” o efeito derivado da aplicação do adimplemento substancial na alienação fiduciária de inviabilizar a ação de busca e apreensão, uma vez que a lei especial expressamente referida possibilidade.

Além disso, o ministro coaduna do entendimento de que a aplicação do adimplemento substancial com a consequente impossibilidade de busca e apreensão levará ao enfraquecimento da própria alienação fiduciária, e por sua vez, efeito reflexo será a mencionada majoração dos juros nesse tipo de contrato.

Diante de tais considerações, é que restou reconhecida da condição da ação - interesse de agir da instituição financeira, em propor a busca e apreensão do veículo, mesmo diante do adimplemento de 92% das prestações do contrato, e isso independentemente da extensão da mora. Foi assim que se determinou o retorno dos autos à origem e o consequente prosseguimento do feito com a referida ação de busca e apreensão.

Impossível não pontuar acerca da relação Direito e Economia, identificando-se o valor social do respectivo julgado. E nele, mais uma vez foi demarcada a questão crítica do critério quantitativo do adimplemento substancial. O ministro Antônio Carlos Ferreira critica a aplicação isolada desse critério³⁷

36. “A restituição do bem livre de ônus é condicionada ao pagamento da integralidade da dívida pelo devedor. Não basta que quite quase toda a dívida ou substancial valor. Deve pagar a integralidade.” (REsp 1.622.555 – MG (2015.0279732-8). Min. Relator: MARCO BUZZI - QUARTA TURMA – STJ. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502797328. Acesso em 20 mar. 2019.

37. “(...) há outros elementos que envolvem a contratação e devem ser considerados para avaliação do descumprimento. O instituto da alienação fiduciária é bastante útil para a economia do país, e facilita a concessão de crédito e diminui o risco de inadimplência porque assegura ao credor meios eficazes para satisfação do crédito.” Comungou do mesmo entendimento o ministro Moura afirmando: “sistema da alienação fiduciária é microsistema específico e por isso não daria ensejo à contaminação por essa teoria”. No mesmo sentido a ministra Nancy, porém

2.2 Adimplemento Substancial: Conteúdo Normativo nas Obrigações Atuais

Os institutos que regulam as relações civis sofrem constantes e recorrentes influências decorrentes das transformações sociais buscando se adequar aos valores e parâmetros da Constituição. O conteúdo normativo desses institutos são influenciados pelas demandas sociais das mais variadas ordens. E essa sua exata função: regular e responder as demandas sociais, sob pena de caírem no desuso.

Nesse sentido, já lecionava Ferdinand Lassalle que introduziu no estudo o termo Constituição “real” – como o conjunto de “fatores reais de poder” que regem o país - e Constituição “folha de papel” - Constituição formal, que é composta por institutos sem aplicabilidade e a consequência é a não regulamentação de demandas sociais³⁸.

Voltando para a análise específica do adimplemento substancial é preciso levar em consideração que a partir da segunda metade do século XIX a sociedade passou por significativas transformações, principalmente, no que concerne ao aspecto econômico e seu reflexo no Direito.

É possível identificar inúmeras crises econômicas e com elas o aprofundamento da distância entre as classes sociais. Por conta disso, as relações privadas de caráter obrigacional demandou um viés mais ético, solidário e valorativo. Essa passou a ser a demanda social.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 pugna por uma sociedade livre, justa e solidária. Na mesma esteira o Código Civil de 2002 introduz conceitos como boa-fé objetiva, equilíbrio e função social dos contratos. Além disso, o Código Civil trabalha com a ideia de cláusulas gerais que permitem a adequação e constante remodelagem aos institutos civis, com objetivo de responder às demandas sociais atuais³⁹.

Desse modo, o jurista poderá e deverá se valer do conjunto de regramento constitucionais, dos princípios e das noções de cunho valorativo, bem como das cláusulas abertas presentes

asseverando: “(...) segundo a ministra, é possível que em algum outro caso a teoria seja aplicável, mas no caso concreto seria “impedir o acesso ao Judiciário” caso a ação de busca e apreensão não prosseguisse”. Seguidos pelos ministros Moura, Cueva e Gallotti.

Vencidos foram o relator e o ministro Salomão. (REsp 1.622.555 – MG (2015.0279732-8). Min. Relator: MARCO BUZZI - QUARTA TURMA – STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502797328. Acesso em 20 mar. 2019.

38. LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 25.

39. SIMÃO, José Fernando. Prescrição e Decadência: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 276.

no Código Civil de 2002 como forma de solucionar as demandas e anseios sociais quando da solução dos conflitos de interesse.

Portanto, apesar de acertada a afirmação de que o instituto do adimplemento substancial padece de previsão legislativa expressa, é possível extrair do sistema jurídico atual o instituto ora examinado.

Até mesmo o próprio instituto da obrigação ganha novos contornos e deixa de ser visto sob o viés de submissão do devedor ao credor – uma via de mão única. Por uma nova leitura a obrigação é composta por direitos e deveres recíprocos do devedor e do credor de maneira igualitária. E ambos devem agir para o atingimento do fim comum: o cumprimento das obrigações contratuais e sua resolução regular.

Além disso, a finalidade do contrato deixa de ser norteada única e exclusivamente pela vontade das partes, e passa a ser influenciada por interesses econômicos e sociais – função social do contrato.

Não poderia ser diferente com o adimplemento, que também passa por uma releitura deixando de se consumir em um ato único para perpetuar em um processo. Isso significa que sob uma perspectiva temporal é alcançado através da prática de uma série de atos que englobam o dever principal assumido contratualmente, como também deveres anexos de boa-fé, solidariedade, ética, além de direitos. Oportuno salientar que essa série de inúmeros deveres e direitos são dirigidos a ambas as partes, credor e devedor de igual modo.

Destaca-se também a convergência de desígnios que é o resultado útil do contrato para ambas as partes. Hodiernamente passou-se a verificar que a infringência de deveres anexos também pode configurar inadimplemento.

Assim se o descumprimento de quaisquer dos deveres, sejam principais ou anexos, desde que afete o resultado útil do contrato poderá levar ao inadimplemento e a consequente resolução anormal do contrato.

Verifica-se, portanto, que a releitura do adimplemento levou a um alargamento do que é considerado como inadimplemento.

Dessa forma, o movimento de evolução social leva a novas demandas e para resolução destas torna-se imprescindível uma releitura dos institutos de direito civil que regulam a vida em sociedade, sob pena de se tornarem inúteis e perderem sua aplicabilidade.

Como se pode observar o ordenamento jurídico, quer pela preocupação da Constituição Federal em tutelar as relações sociais com vista a alcançar uma sociedade justa e solidária, calcada em uma base de cunho axiológico, quer o diploma civilista que ancora nas cláusulas gerais a possibilidade de mutação e adequação do conteúdo normativo e valorativo desses institutos como forma de regulamentar e dar às devidas respostas as demandas sociais constata-se a possibilidade de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial mesmo sem a expressa previsão legal.

Entretanto, com razão as críticas direcionadas ao modo de aplicação do referido instituto. Na maioria dos julgados vigora a aplicação centralizada no critério quantitativo, deixando-se de observar, por exemplo, o cumprimento ou não dos deveres anexos, do resultado útil do contrato, a conduta subjetiva do devedor, ou seja, seu ânimo em querer cumprir com o que foi pactuado.

Não que a manutenção contratual deve se dar à custa da frustração do credor, mas a resolução anormal deve ser vista como exceção, pois o contrato para além de atender a vontade das partes cumpri uma função social.

A aplicação do instituto deve ser aprofundada, com enfoque quantitativo e qualitativo. Por meio de uma fundamentação principiológica e axiológica torna-se juridicamente possível.

2.3 Inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos Alimentos

Levada à análise, o Superior Tribunal de Justiça, por três votos a dois, afastou a aplicação da teoria do adimplemento substancial em sede de obrigação alimentar. Tratou-se de decisão da 4ª Turma.

A aplicação da Teoria, afastaria a prisão civil do devedor de alimentos que tivesse efetuado a maior parte da pensão alimentícia, devendo apenas valor considerado ínfimo. O voto que prevaleceu foi o do ministro Antonio Carlos Ferreira, então, presidente da turma.

A primeira sessão se deu no dia dois de agosto, onde o relator do habeas corpus, ministro Luis Felipe Salomão, votou pela incidência da referida Teoria e a consequente concessão da ordem do deste writ, ao devedor de alimentos que pagou 95% da dívida, segue parte de seu voto:

Apenas quando a prestação alimentar for suficientemente satisfatória, cuja parcela mínima faltante for irrelevante dentro do contexto geral, alcançando resultado tão próximo

do almejado, é que o aprisionamento poderá ser tido como extremamente gravoso, frente a tão insignificante inadimplemento⁴⁰.

É possível constatar, que o relator ponderou o embate de dois valores constitucionalmente relevantes: (a) A liberdade do devedor; (b) O direito aos alimentos.

Nesta colisão de direitos fundamentais, para o relator, o fato do devedor ter quitado valor próximo ao almejado, deixa apenas uma parcela irrelevante como inadimplida, portanto, sua liberdade deve prevalecer, onde se considerou o aprisionamento medida extremamente gravosa.

Ocorre que, neste voto, há excesso de subjetivismo: como constatar que a parte faltante é irrelevante e ínfima para o credor?

O ministro presidente, Antonio Carlos, votou de forma divergente, denegando o pedido do paciente. Para o ministro o ministro, a referida Teoria, já apresenta limitação na aplicabilidade, no que tange à seara contratual. Transportar essa aplicabilidade à seara de família é impossível, por expressa falta de disposição legal.

Além da falta de previsão legal, da respectiva Teoria, no ordenamento jurídico brasileiro, outro fator de extrema relevante, e que foi determinante, é o fato da obrigação de alimentar ter como objeto um bem jurídico indisponível. O ministro, alertou para o impacto que tal aplicação, poderá ocasionar na manutenção do alimentando. E lembrou, em seu voto, que o Superior Tribunal de Justiça, sedimentou o entendimento de que o pagamento parcial da dívida alimentar, não afastará a prisão civil, veja:

O julgamento sobre a cogitada irrelevância não se prende ao exame do critério quantitativo. A subtração de pequeno percentual pode mesmo ser insignificante para um, mas possivelmente não para outro mais necessitado. Há de fato muitos outros elementos a serem considerados⁴¹.

No voto divergente, restou consignado a necessidade de avaliação qualitativa exauriente, no que se refere ao adimplemento, o que não é possível pela estreita via do Habeas Corpus.

Os ministros: Isabel Gallotti e Marco Buzzi seguiram a divergência do presidente Antonio Carlos, onde asseveraram que, na seara da obrigação de alimentos, uma pequena diferença

40: HC 439973.2018/0053668-7 - 16/03/2018 - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

41: HC 439973.2018/0053668-7 - 16/03/2018 - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

pode ser relevante para as circunstancia de reais por que passa o alimentando. Dessa forma, a turma por maioria denegou a ordem de Habeas Corpus.

3. CONCLUSÃO

O direito, em qualquer dos seus ramos, sofre constante influência social e aperfeiçoamento. No direito das obrigações isso não é diferente com a interpretação feita pelos tribunais levando em conta a Constituição Brasileira de 1988. O tema ganha um aporte de vital importância para a interpretação, como fica demonstrado nesta apreciação acadêmica.

Principalmente, no que se refere aos contratos é inegável sua função de dinamismo da atividade econômica dentro de uma sociedade. Incontestável também a sua função social, que é um vetor muito importante para a democracia, como fica patente na escolhas do Poder Constituinte Originário de 1988. Dessa forma, os institutos jurídicos sofrem o influxo das demandas sociais e da Lei Maior, pois vão a elas se amoldando no sentido de dar solução adequada. Busca-se efetividade e eficácia.

De nada vale uma norma ou um instituto jurídico sem efetividade ou sem eficácia e aplicabilidade. Nesse sentido, o adimplemento e o inadimplemento contratual ganharam uma releitura, que foi alcançada com a análise de valor constitucional conjunta de deveres anexos ao contrato, como por exemplo: a conduta do credor e do devedor, sua tendência ao adimplemento, sua postura de cooperação e boa-fé, a expectativa gerada nas partes contratantes.

Assim uma nova forma de interpretar o inadimplemento surgiu com a Teoria do Adimplemento Substancial levando em conta princípios e valores estabelecidos na Lei Maior. Quando o respectivo inadimplemento for mínimo, não atingindo a essência do contrato, quando de escassa importância não deve levar a consequência imediata da resolução contratual, vista como uma forma anormal de extinção do contrato.

Constata-se, portanto, que o direito potestativo do credor na resolução do contratual que nascia de maneira direta e imediata do inadimplemento do devedor deve ser vista com ressalva, sob o viés da Teoria do Adimplemento Substancial.

Nesse aspecto, o trabalho concentrou na análise da aplicação da referida Teoria em vários ordenamentos jurídicos. Para constatar que, de maneira geral, os critérios são muitas vezes fundados em elementos subjetivos, como por exemplo: Restaria configurado o adimplemento substancial quando o inadimplemento é tido como mínimo, de escassa importância.

No mesmo sentido, nos mais variados ordenamentos jurídicos busca-se a análise conjunta do inadimplemento somada a de deveres anexos como os acima mencionados. Não se deixa de lado o critério quantitativo, ou seja, a análise do cumprimento total do contrato em comparação do que foi cumprido.

Reside, aqui, a problematização da presente pesquisa: o contraponto entre a aplicação teórica do inadimplemento substancial pautada na análise meramente quantitativa, que traz como núcleo fundante a quantidade de parcelas avençadas e as inadimplidas e a análise pautada em um universo de fatores que além da quantidade de parcelas quitadas leva em consideração o cumprimento dos chamados deveres anexos, que se ligam à valores como ética, boa-fé, função social, equilíbrio econômico.

Na maioria das vezes os julgados dos Tribunais pátrios se respaldam tão somente no critério quantitativo para reconhecer o adimplemento substancial e julgar pela manutenção do contrato.

Portanto, a primeira conclusão: É necessário um aprofundamento na análise de outros elementos que orbitam ao contrato, não se limitando a aplicação de um critério puramente quantitativo.

Outra conclusão: A omissão de previsão legal expressa do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro não tem o condão de, por si só, impossibilitar sua aplicação. Que pode se dar através de uma interpretação hermenêutica-integrativa, sob os seguintes pilares: princípio da boa-fé objetiva, função social do contrato, cooperação entre os contratantes, vedação ao enriquecimento sem causa (deveres anexos contratuais).

De maneira casuística fora analisado a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária. Onde o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento, afasta a possibilidade de aplicação da Teoria, nos seguintes moldes:

- (1) No caso telado, a instituição financeira ajuizou recurso contra decisão que impossibilitava a busca e apreensão de um veículo, donde se aplicou a tese do adimplemento substancial, uma vez que se constatou o que 92% do contrato já havia sido quitado, o que demonstra latente boa-fé e animo de adimplir referida obrigação. Pleiteou que o inadimplemento fosse reconhecido como mínimo.
- (2) Na tese defensiva o credor afirma que a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial na alienação fiduciária, com o fim de se impedir o exercício do direito de se

ingressar com a ação de busca e apreensão, ocasionará como efeito reflexo, porém imediato: o risco de perda da eficácia conferida ao instrumento da alienação fiduciária.

- (3) Daí se derivará outro efeito social: aumento nas taxas de juros, e assim toda coletividade será prejudicada.
- (4) A busca e apreensão tem previsão expressa em lei especial (Decreto 911/1969). Não podendo ser afastada por lei geral (interpretação hermenêutica-integrativa dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, vedação do enriquecimento sem causa - Código Civil de 2002).
- (5) A questão se mostra mais delicada, na seara da obrigação de alimentos, nas relações familiares. Não há sustentáculo legal para referida aplicação. Além disso, a caracterização do que seja ínfimo ou irrelevante, no que tange aos débitos alimentares, poderá causar risco na própria manutenção do credor. Colocando-se em xeque seu direito fundamental à vida.

Diante de tais argumentações é que se impossibilitou a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária. A inaplicabilidade se deu através de eloquente técnica jurídica constitucional.

A Teoria do Adimplemento Substancial visa à manutenção do contrato reconhecendo sua função instrumental de dinamismo da economia dentro da sociedade. Não deve ser tida como inaplicável de maneira peremptória, sob a argumentação de que, no Brasil, não titulariza previsão legal expressa. O que poderá ser solucionado por meio da interpretação hermenêutica-integrativa com base nos princípios supra citados.

De outra banda, a aplicação pautada tão somente no critério quantitativo se mostra incompleta, devendo ser observados os deveres anexos do contrato.

Assim a conservação do contrato deve ser objetivada nos casos em que o adimplemento substancial é comprovado por meio de uma análise quantitativa, qualitativa e casuística, dada a função instrumental do contrato dentro da sociedade. Análise que se efetivará por meio da comprovação de postura ética, condizente com a boa-fé, o cumprimento do dever de informação, cuidado com o patrimônio de ambos os contratantes de forma recíproca, cautela no não agravamento do dano para parte lesada, bem como para a parte inadimplente, enfim, diante do cumprimento dos deveres anexos do contrato, que extrapola de maneira contundente o dever principal de quitação do que fora avençado, restará configurada conduta condizente com a manutenção do contrato e o equilíbrio da referida relação, fomentando-se a função social deste servindo de dinamismo para a circulação de bens e valores.

4. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- ALVES, Jones Figueirêdo. A Teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediendo do direito de resolução do contrato. In: **Leituras Complementares de Direito Civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 223-232.
- ALEMANHA. **German Civil Code BGB**. Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002. Berlin. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.
- ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- ALVIM, Arruda. A sintonia da redação do artigo 112 do Código Civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contato. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 24, n. 77, p. 13-16, jul. 2004.
- ASSIS. Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARGENTINA. **Código Civil de la Nación Argentina**. Ley 340. Buenos Aires, 25 de Setiembre de 1869. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n.], 1986.
- BARCELLONA. Mario Barcellona, **L’Intervento europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali**. In Cesari Salvi, *Diritto Civile e Principi Costituzionali europei e italiani*, p. 155 e ss., G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. In: **The Modern Law Review**, v. 38, n. 4, p. 413-428, jul. 1975.

- BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.
- _____. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 12, p. 68-78, out./dez. 1994.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 24 mar. 2017
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 mar. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.
- CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.
- CATALAN, Marcos Jorge. Por um novo conceito de mora e de inadimplemento. In: **Arte jurídica: biblioteca científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil Universidade Estadual de Londrina**, Curitiba: Juruá, v.1, n. 1, p. 215-242. 2005.
- CAVALLI, Cássio. **Mora e utilidade: os Standards da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

- CHAVES, Antônio. Resolução de contrato por descumprimento: distinção entre mora e inadimplemento. In: **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2011. CHINÉ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di Diritto Civile*. Roma: Nel Diritto, IV Edizioni, 2013.
- CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro**. Recife: O Autor, 2014.
- COSTA, Moacyr Lobo da. Interpretação de contratos. In: **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Processual Civil brasileiro In: **Revista da Esmape**, v. 14, n. 29, p. 179-184, jan./jun. 2009.
- ESPANHA. Código Civil **Espanol**. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Madrid. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. In: **Revista de direito privado**, v. 14, n. 55, p. 181-211, jul./set. 2013.
- EHRHARDT, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 56, p. 141-155, 2012.
- ENUNCIADO 37 da I Jornada de Direito Civil: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>. Acesso em 06 mar. 2019.
- ENUNCIADO 361 - O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>. Acesso em 06 mar. 2019.
- FACHIN, Luiz Edson. Boa-fé como itinerário do processo obrigacional: inexigibilidade de dívida e ausência de causa In: **Soluções práticas de direito: pareceres**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 57-89

- _____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e seu controle jurisdicional**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. In: **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2013.
- FRANÇA. **Code Civil Français**. Paris. 21 de março de 1804. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf. Acesso em 24 mar 2019.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.
- FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014.
- GANDOLFI, Giuseppe. **Código europeu dos contratos**: projeto preliminar. Tradução: Naiara Posenato. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Obrigações**, 4. ed. Forense, Rio, 1976.
- GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. In: **Revista de direito privado**, n. 26, p. 30-76, abr./jun. 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Interpretação do contrato. In: **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344-357.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014.

- ITÁLIA. **Codice Civile Italiano**. N. 262 de 16 marzo 1942. Approvazione del testo del Codice Civile. Roma. Disponível em: www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em 24 mar. 2017.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 25.
- LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504-528.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- LOOKOFSKY, Joseph. **Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Wolters Kluwer, 2012, p. 83.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Pressupostos para a compreensão da estrutura axiológica do moderno direito de obrigações. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 897, p. 9-19, jul. 2010.

- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982; REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERTAJN, Décio. *Pacta sunt servanda? O caso dos contratos da soja verde*. Disponível em: . Acesso em: 16 mar. 2017;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PORTUGUAL. **Código Civil Português**. Decreto-lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966. Código aprovado por carta de lei de 1 de Julho de 1867. Lisboa. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf. Acesso em 24 mar 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA. DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS. TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPdJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 06 mar. 2019.
- _____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTAÇÕES DE CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO, MENOS A ULTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NÃO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATÓRIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS (Apelação Cível Nº 588012666, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgada em 12/04/1988). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5263708/apelacao-civel-ac-588012666-rs-tjrs>. Acesso em: 20 mar. 2019. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. HABEAS CORPUS Nº 439.973 - MG (2018/0053668-7) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO IMPETRANTE : LIBINE CHRISTIAN PASSOS FERNANDES

TOMAZ E OUTRO ADVOGADOS : LIBINE CHRISTIAN PASSOS FERNANDES
TOMAZ - MG145174 MARIA APARECIDA BRAGA - MG168345 IMPETRADO
: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE : A G
DOS S DECISÃO (STJ - HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS
FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 16/03/2018).

- SILVA, Clovis V. do Couto e. A Teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 79, n. 655, p. 7-11, mai. 1990.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 19. ed. México: Porrúa, 2008, p. 660-661.
- SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: início dos prazos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 276.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2008.
- SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. In: **Revista de direito privado**, v. 14, n. 54, p. 65-98, abr./jun. 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SCHROETER, Ulrich. In: SCHLETRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos de personalidade**. In: Revista da Esmese, Aracaju, n. 3, p. 23-44, 2002.

CUARTA PARTE
EL CONSTITUCIONALISMO
CONVENCIONALIZADO

CAPÍTULO XVII

CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

*Pablo Darío VILLALBA BERNIÉ**

1. PÓRTICO INICIAL

Uno de los grandes desafíos pasa por lograr la instrumentalización progresiva de los derechos humanos en el orden procesal interno de cada Estado parte, irrumpiendo desde lo transnacional nuevos arquetipos a ser formalizados en los sistemas jurídicos.

A partir de la aceptación de los derechos humanos a nivel constitucional y la perspectivación de lo supranacional hacia el orden interno, motivan un análisis de la incidencia de estos en la coyuntura del derecho procesal, en pos de la asimilación de las coordenadas básicas que lo rigen. Las normas del marco procesal precisan ajustarse tanto normativa como doctrinariamente, a las tendencias pregonadas por la óptica transnacional, teniendo el Estado la obligación de adecuar su legislación a los Tratados Internacionales del cual son signatarios.

Lo procesal desde la visión internacional, no es más que la operatividad de modelos judiciaarios propiciadores de una justicia para todos en forma igualitaria, pero no solo en el contexto interno de cada país, sino en el globalizado a nivel mundial. Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional hacia lo nacional, generando una mutación cultural en los diversos países¹, al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras, al fin de cuentas los derechos humanos pasaron a ser parte del derecho positivo interno de cada país.

* Doctor, Abogado, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Prof. de Derecho Procesal Civil en la citada facultad; Profesor de posgrados (Maestría y Doctorado) en Paraguay y en el exterior; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Secretario General de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal; Presidente del Instituto Itapuense de Derecho Procesal; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Conferencista internacional, autor de libros y artículos especializados. E-mail: villalbabernie@gmail.com y pablo.villalba@uc.edu.py.

1. CANÇADO TRINDADE, Antonio, en *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, publ. en *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1.993.

Esa internacionalización de los derechos procesales, tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando que las legislaciones adapten su normativa, asimilando las instituciones pregonadas desde lo supranacional². La Corte IDH en un fallo ejemplificador, ha resuelto:

“El Estado debe remover todos los obstáculos que puedan existir para que los ciudadanos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1. de la Convención”.³

Trátase de asegurar por la vía procedimental, la aplicación efectiva de los derechos humanos, propiciando un equilibrio entre los miembros de la sociedad democrática inmersos en un Estado Social de Derecho, armonizando las relaciones entre los poderes públicos y las vinculaciones con los particulares. Generar un *status activus processualis*⁴ deviene en un factor clave para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades.

La importancia de las formas procedimentales, engalanados como signos emblemáticos del derecho al proceso y de tutela jurídica efectiva, se hallan comprometidas con la creciente difusión de las instituciones de protección, que de otra manera no podrían tener consolidación efectiva, siendo una garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales. El desafío de este tiempo, compromete la nacionalización de los derechos universales (derechos humanos) y su intromisión en el orden interno como la única vía eficaz para concretarlos, de allí que los orientadores procedimentales evocan un papel trascendental para la asimilación irreversible de los derechos reconocidos.

Corresponde determinar cuál será la proyección legislativa y jurisprudencial que otorgue fuerza operativa a la protección, garantizando la tutela de los derechos fundamentales. Así manan hitos orientadores que inciden en la autonomía de los Estados, pues estos desde que aceptan la Convención Americana tendrán que cumplir de determinada forma la aplicabilidad interna, más allá que las formas procedimentales sean disímiles, incluso deberán ajustar

2. VILLALBA BERNÍE, Pablo, *Proceso Civil, actualidad y futuro*, p. 129 y 499, Edit. BIJUPA S.R.L., Asunción, 2.008.

3. Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, sentencia 21/06/2002.

4. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “*La tercera generación de derechos humanos*”, p. 37, Editorial Thompson-Aranzadi, Navarra, España, año 2.006. “Su reconocimiento se desglosa en la garantía de cinco posiciones procesales básicas: a) el derecho a la audiencia del interesado no solo en la vista oral, sino en todas las fases del procedimiento; b) el derecho a la información y acceso a los archivos administrativos; c) el derecho a una instrucción adecuada y transparente del proceso; d) el derecho a la asistencia letrada; y e) el derecho a la motivación de la decisión del procedimiento”.

legislativamente su repertorio legal vigente, acomodando al contorno convencional. De lo contrario devendrá en una legislación inconvencional.

Afincada en las orientaciones precedentes, cada vez más se advierte la implementación de figuras modeladas en nuevos paradigmas, que van desde los mismos principios, hasta la aceptación de nuevos institutos procesales en el orden interno.

2. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES CONTRAÍDOS POR LOS ESTADOS

Cuando un Estado suscribe tratados internacionales de cualquier índole, evidentemente lo hace para cumplirlo, no se entendería racional adherirse a un tratado para luego incumplirlo. Estas mismas condicionales se presentan con mayor razón, cuando se vincula a Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las que a primera vista parecerían tener un rango superior a los otros tratados internacionales.

Es oportuno aclarar, que conforme a la Convención de Viena los Tratados deben cumplirse de buena fe, sin excusa alguna que valga, como también que el marco constitucional así lo avala (Art. 141 y sgtes de la CN), no presentando dudas que consisten en marcos supranacionales de cumplimiento indefectible por los Estados signatarios.

Un tratado internacional desde el momento que es suscripto pasa a ser parte del orden positivo vigente del país que lo asimila, no valiendo excusas para su incumplimiento.

Los Estados asumen la obligación de garantizar, respetar, aplicar y proteger todos los derechos consagrados en las Convenciones, pactos, protocolos y tratados que sean suscriptos, donde ratifican y dan vigencia a la protección de los derechos humanos.

La regla de operatividad se traspa a todas las situaciones que generen una violación a los derechos humanos, obligando a los Estados a materializar políticas tendientes a dar progresiva protección a los derechos humanos de segunda y tercera generación, como a las nuevas generaciones de derechos que afloran.

Surgen como presupuestos básicos la necesidad de que los Estados respeten, protejan, tuteles y amparen los Derechos Humanos, como también que definitivamente se comprometan a cumplir las directivas de tutela, depurando a constituir obligaciones ineludibles de los Estados, porque mediante estos derechos se brinda una mejor protección al ciudadano⁵.

5. VILLALBA BERNIÉ, Pablo, *Derecho Procesal Constitucional: Contenidos Esenciales*, p. 21, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, Año 2017.

Así las obligaciones se congregan alrededor de tres elementos sustanciales:

- a) *Respetar*: El estado debe abstenerse de interferir con el disfrute de los derechos humanos.
- b) *Proteger*: El Estado debe impedir que agentes privados o terceros vulneren los derechos humanos.
- c) *Cumplir*: El Estado debe adoptar medidas positivas, incluida la adopción de legislaciones, políticas y programas apropiados para velar por la realización de los derechos humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva obligaciones que los Estados tienen el deber de cumplir, cuya consecuencia directa implica la abstención en restringir este tipo de derechos, como asimismo evitar interferir en su realización efectiva⁶; en contraste, también deriva en ejecutar acciones en concreto mediante medidas positivas para el logro de su afianzamiento. Es decir, el Estado está comprometido tanto por acción como por omisión, con el fin de lograr el pleno reconocimiento y salvaguarda de los mismos.

3. OBLIGATORIEDAD DE LOS MANDATOS DEL SISTEMA

La Convención ADH consiste en una normativa internacional que constituye un mandato de obligatorio cumplimiento, los Estados no pueden eludir su poder coactivo desde el momento que pasan a ser signatarios del Pacto.

Ahora bien, la convención no tiene la virtualidad de hacer cumplir el orden interno, sino que convive con éste, debiendo armonizar sus postulados con el nivel inferior de legalidad doméstica. Por otro lado, la vigencia del tratado internacional parte del mismísimo marco constitucional, es el orden constitucional que mediante una cláusula de inserción abierta asiente la positivización del tratado internacional. Lo que significa que la legalidad del marco supranacional está dictado desde el orden interno, indicando que desde el instante de su admisión se vuelve derecho positivo nacional, aunque su contenido este exhibido desde fuera de sus fronteras.

6. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio y RODRÍGUEZ, Marco, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, p. 21, Editorial Ubijus, México, Año 2012.

Aquí radica lo complicado de la cuestión, pues lo que pareciera ser sencillo plantea un sinfín de complejidades:

- a) No todos los países tienen el mismo grado de recepción del orden convencional, siendo patente la disímil normativización constitucional, unas con constituciones de texturas abiertas, otras en cambio con una visión más restringida. Unos apuestan por la incorporación convencional, otros no, cerrándose a la visión supranacional, ya sea en una vía actitudinal legal o doctrinaria.
- b) También se divisan grandes asimetrías en cuanto al modelo de control de constitucionalidad, casi todos mixtos (concentrados y difusos) pero con variables en lo que respecta a la intensidad de ese marco constitucional. Cuando Argentina reconoce un rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos y Colombia admite un Bloque de Constitucionalidad, Paraguay y Uruguay muestran marcos proteccionistas de gran intensidad que no propician el control de convencionalidad.
- c) Otro tanto ocurre con las distintas posturas de los órganos jurisdiccionales, donde algunos lucen más proclives a la admisibilidad, en cambio otros reacios a su aplicación. En tal sentido, Venezuela que luego de declarar la inejecutabilidad de los fallos de la Corte IDH, por parte de la Corte Suprema de Justicia (2008), terminó retirándose del sistema. Similar situación se presentó en Perú durante el gobierno de Fujimori (1991), luego abortado con el cambio democrático; o como ocurrió recientemente en Argentina, a partir del fallo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Fontevecchia*, poniendo límites a la convencionalidad; todas ellas con la idea de desnaturalizar la obligatoriedad de los mandatos internacionales.

Nótese la gran complejidad, no obstante aun así se tendrá que reconocer que la Convención se vuelve obligatoria a partir de convertirse en el piso mínimo de protección, diferente a ser considerado techo máximo, esto significa que el estándar mínimo podrá ser superado por el ordenamiento interno (aunque lamentablemente esto prácticamente no ocurre en ninguna legislación latinoamericana), siendo lo ideal que sean los Estados los que extiendan el régimen de tutela, incluso más allá de lo regulado convencionalmente.

4. PREVALENCIA CONVENCIONAL

Se reflexionaba en el tópico anterior sobre la obligatoriedad de los mandatos del Sistema IDH correspondiendo aquí profundizar la idea, por cuanto la coactividad no se cumplirá de no contar con una doctrina de prevalencia convencional.

Deviene correcta la afirmación que el marco constitucional debe dar una apertura para la tutela de Derechos Humanos, no siendo menos cierto, que solo se concretará en caso de presuponer una tendencia doctrinaria interna de asimilación de los efectos de la convencionalidad.

Primeramente, la Convención deberá formar parte del orden normativo nacional, para que así los órganos jurisdiccionales puedan utilizarla. Sin embargo la cuestión no acaba allí, sino que el tratado requiere ser incorporado con prevalencia a las demás normas de la legislación doméstica, debe tener un rango superior, por cuanto de estar en un mismo rango que las leyes se la podría dejar de lado fácilmente bajo el manto del principio de temporalidad (una ley nueva deroga la anterior) o del principio de especialidad (donde la norma especial prevalece sobre la genérica)⁷.

El justificativo de la prevalencia convencional parte del Art 27 de la Convención de Viena (Derecho de tratados) que reza: “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, así comprender que la Convención tiene superioridad jerárquica independiente de su reconocimiento como tal en el orden interno. Si el Estado signatario tiene reconocido el Convenio de Viena, no puede eludir esta jerarquización aunque su legislación local así lo prevea, porque es jerárquicamente superior por el solo hecho de ser un Tratado.

Aun así la Corte IDH ha ratificado en innumerables fallos jurisprudenciales la superioridad de la Convención, por lo que sigue esta línea de pensamiento.

Se podría disentir si la Convención de Viena es o no aplicable cuando versan intereses particulares, teniendo en cuenta que fue previsto para regular las relaciones entre los Estados y esta es una realidad incuestionable, aunque con una interpretación amplia alcanza para hacer extensivo sus efectos a toda incidencia ocasionada por un tratado internacional, inclusive cuando se aplica a personas individuales.

En este estadio de los asertos, conviene destacar que siempre se deberá producir una prevalencia convencional por sobre la legislación local, de otra manera el intento convencional no superaría la intencionalidad de aplicación, sin garantías que se produzca efectivamente.

7. DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en...*, ob cit., p. 345.

5. CONFLICTOS Y TENSIONES

La relación entre órdenes tan discrepantes unos de otros, que con la señera actuación de la Corte IDH desde la década de los 90 en adelante, poco a poco busca consolidarse a través del control de convencionalidad, genera conflictos y tensiones que se observan con la incidencia desde fuera hacia adentro, e incluso, con arbotantes de axiología jurídica, también reflejados hacia el interior de los Estados, porque según el alcance otorgado al componente internacional instará a una transformación de fuste en los localismos jurídicos.

Con seguridad, la amplitud de estas tensiones o conflictos superan el abordaje de esta temática, sin embargo parece conveniente citar los más relevantes.

- a) La primera tensión se produce por el diferente modelo teórico que se avisa desde lo internacional, planteando una visión superadora de encriptados modelos teóricos a ser superados, donde sobresale dejar atrás tanto el monismo como el dualismo, por una nueva concepción de “pluralismo jurídico” sobre la base del principio *pro homine*; en contrapartida, los órdenes internos forjados en su gran mayoría sobre una concepción dualista, positivista y legalista propia del liberalismo constitucional.
- b) Inmediatamente deriva en una cuestión axiológica, pues mientras el orden doméstico pareciera estar conformado alrededor de la seguridad jurídica; el bloque internacional se muestra proclive a dar prevalencia al valor justicia, con un evidente tinte moral⁸ en una sugestión alexiana. Se afirma por estos tiempos, que no se prescinde de la seguridad jurídica o la persecución de la paz (paradigmas anteriores a las guerras mundiales), sin embargo es evidente que estas merecen correctores morales (justicia), que afloran a partir de la vigencia de los derechos humanos, trayendo como consecuencia tomar en serio la corrección moral.
- c) En el orden interno, las tensiones se producen en lo referente a la forma de control de constitucionalidad, sea que la legislación local asienta un control concentrado o difuso. Esto repercute al momento de ejercer la convencionalidad, pues en los países que tengan un control concentrado será difícil que el juez inferior aplique convencionalidad, por dos razones: la primera, porque en apariencia no tendría competencia normativa; la segunda, que no estará acostumbrado hacerlo al haber

8. TRAVESSONI, Alexandre, *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional en el contexto de las teorías de justicia: ¿dos modelos diferentes?*, publ. en *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Directores Griselda Capaldo y otros, p. 172, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, Año 2012.

convivido con el principio de legalidad interna a que lo somete la codificación local, sin miramientos hacia el contorno internacional ni sus mandatos.

6. UNA CREACIÓN PRETORIANA

Al significar que el control de convencionalidad deriva de una creación pretoriana, reconocer que la idea de convencionalidad emerge originalmente en la concepción de los jueces interamericanos. Ninguna legislación internacional, ni la misma Convención Americana de Derechos Humanos, se hacen eco de la voz convencionalidad como tal.

Advertir más allá de toda duda, que la idea de convencionalidad fluye como una creación jurisprudencial. La Corte IDH en su función de garante de los derechos humanos desarrolla el control de convencionalidad, que fue atravesando variados estadios, con el objetivo de señalar a los Estados signatarios la obligación de respetar los derechos humanos.

La creación pretoriana infiere originada en el propio seno de la Corte IDH y, desde allí, proyecta sus efectos a los Tribunales internos, por lo que la irradiación de secuelas sobre la jurisprudencia del orden doméstico converge a cargo de los jueces, en este caso los magistrados nacionales, que en su ámbito de competencia proyectarán el respaldo a la nueva doctrina.

Lo llamativo de la doctrina de convencionalidad es que germina primariamente a consecuencia del quehacer pretoriano de los jueces interamericanos, y posteriormente de la actuación de los jueces nacionales. En cuanto el grado de admisibilidad sea mayor, resultando asentido por los jueces nacionales en el país de su jurisdicción, fluirá con sublime notoriedad la convencionalidad, de ahí la relevancia de la gran asimetría exhibida en los distintos Estados, unos muy propensos a la admisibilidad de la convencionalidad (con jueces nacionales que bregan por una mayor tutela), en cambio, en otros se constata retrasada su aplicabilidad (porque los jueces domésticos no se muestran propensos a aceptar el orden internacional, aunque también por desconocimiento de la normativa internacional).

La aplicabilidad pretoriana sube de tono, cuando la Corte IDH en fallos esclarecedores, ha recomendado el control oficioso de convencionalidad, imponiendo a los jueces nacionales ejercitar una especie de control de constitucionalidad, pero referido a la Convención ADH, del que retoña el control de convencionalidad, en el sentido de resultar obligatoria y oficiosa para los jueces domésticos su concreción. Hoy día, los jueces no solo referirán si la ley objetada y atribuida al caso resulta constitucional o no, sino también cotejar si es convencional.

7. PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD

Cavilando sobre un parámetro de aplicabilidad, atañe reconocer que el control de convencionalidad se ha convertido en el estándar mínimo de tutela de los derechos humanos. En consecuencia, ese parámetro inicia con la Convención Americana, se proyecta a los Convenios y Protocolos de Derechos Humanos, y consolidada con los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH. Incluso en los últimos tiempos, comienza a afinar la idea que también integran el parámetro las opiniones Consultivas, tal como ha sido reconocida en la OC 21/14.

Ahora bien, no versa sobre un estándar rígido al contrario discurre en un parámetro dinámico que va adecuándose a la necesidad de la casuística presentada, proyectando una tutela más eficaz. Por ello, yacerá subyugada por las consignas internacionales, cuando surja la hipótesis que el orden interno contenga una normativa legal de mejor proteccionismo o interpretaciones jurisprudenciales más avanzadas que las propiciadas en la Corte IDH.

Significa, que el parámetro podrá derivar y ser aplicado en sede nacional cuando el mayor grado de tutela a una garantía fundamental⁹ fluya enquistado en el orden interno. Solución que deriva del Art 29 b) CADH, cuando sostiene que ninguna disposición del Pacto pueda ser interpretado en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho humano.

Ya sea aplicando el estándar nacional o el internacional de los derechos humanos basado en una mejor onda proteccionista, en puridad no se hace otra cosa que consagrar el parámetro supranacional dictado por el orden supralegal, implica en esencia afianzar el estándar interamericano¹⁰.

Resulta oportuno aclarar que en esencia, la cuestión va más allá que la mera aplicabilidad del parámetro de convencionalidad, afectando también al modo interpretativo al que tendrán que amarrarse los jueces nacionales, los que se verán obligados a armonizar las leyes nacionales con las convencionales, sin olvidar que la interpretación esbozada estará enlazada a los parámetros de convencionalidad, evitando las interpretaciones contrarias o incompatibles a ella. Esta racionalización será efectuada por los jueces nacionales dentro de la competencia otorgada por la ley interna, pudiendo declarar la inconvencionalidad de determinada norma que contravenga al parámetro de convencionalidad.

9. MIRANDA BONILLA, Haideer, *Diálogo judicial interamericano*, Ediciones Nueva Jurídica, p. 155, Bogotá, Colombia, Año 2016; también en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma del juez mexicano*, publ. en *Controle de constitucionalidade, um panorama latinoamericano*, Gazeta Jurídica, p. 549 Brasilia, Brasil, Año 2013.

10. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ob cit, p. 550.

8. INCIDENCIA EN EL DERECHO PROCESAL

Interesa demostrar el relacionamiento que fluye del control de convencionalidad en su incidencia directa en todas las áreas del Derecho Procesal, la irradiación de efectos desde lo supranacional sobre el ámbito doméstico.

Dentro del contenido esencial del Derecho Procesal, destaca el rol fundamental que cumple la expansión de los derechos fundamentales, así a la luz de una Constitución dinámica y abierta, en conjunción con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos se modifica el abarcativo de la disciplina, ensanchando considerablemente sus fronteras.

Con ello fortalecer la idea de vivir el constitucionalismo a la luz de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. Ya no importan las diferencias contextuales que estos derechos puedan tener, sino la habilitación de vías legales para su efectiva concreción.

Plantea un Derecho Constitucional integrado con las normativas internacionales que cumplen el rol de instaurar el principio *pro homine*, dentro de las nuevas coordenadas que surgen de este contexto supranacional. Es aquí, donde del control de convencionalidad juega un papel trascendente insertándose en el contorno jurídico del Derecho Procesal. Podríamos decir, que el control de convencionalidad se constituye en el brazo ejecutor de la integración de ambos órdenes legales (nacional e internacional).

Traza la fusión del orden internacional y el orden interno, en un indicativo que ambos repertorios legales deben confluír para una mejor aspiración y logro de justicia. El objetivo trazado es la convencionalización del proceso o del derecho procesal.

La ampliación de horizontes incluyendo al orden internacional de los derechos humanos, consiste en una de las características más significativas al cual deberá adaptarse el Derecho Procesal, porque ya ha dejado de ser una cuestión intramuros dentro del orden interno para tener una obligatoria mirada extramuros propiciando la consolidación de un nuevo orden procesal con arbotantes convencionales.

La posición se concretiza en que sobre el Derecho Procesal convergen el desarrollo y apuntalamiento del control de convencionalidad, materia pendiente que el orden procesal debe afianzar.

9. NEOPROCESALISMO

Al conjuero de la Constitucionalización del orden jurídico¹¹, se consolida un alejamiento de las tendencias positivistas, como un apuntalamiento de la idea de un “*Neoprocesalismo*”, como devenir lógico que plantea el reformulamiento de la teoría general del proceso judicial.

La mutación resulta tan profunda que corresponde analizar en retrospectiva conceptos resaltantes del Derecho Procesal como la acción, la jurisdicción y los mismísimos postulados del proceso, para ajustarlos al novel neoprocesalismo.

La intromisión de la nueva teoría constitucional, que es invasora del orden legal de menor jerarquía, obliga a reconsiderar conceptos básicos de la doctrina procesal, transformando la teoría del proceso, o por lo menos se halla en camino de hacerlo. El neoprocesalismo contemporáneo, en términos genéricos consiste en la constitucionalización del ordenamiento jurídico procesal, o más específicamente la convencionalización del proceso.

De hecho esa influencia del constitucionalismo sobre el proceso, se plasma a partir de la idea que debe descartarse algún área del derecho que pueda evadir la influencia constitucional, así cualquier aspecto del orden jurídico no debería escapar del radio de acción de las garantías fundamentales.

Visto de una manera sencilla, discurre en ajustar vetustos conceptos constitucionales y procesales en favor de una mejor tutela de los derechos fundamentales.

Si hoy día, el derecho se basa en principios y valores, ya no en reglas, envuelve varias consecuencias: a) que el orden jurídico ya no pueda ser visualizado sobre la base de un derecho privatístico, sino social y público; b) que el derecho se aparta de la norma, para dar certeza y fuerza interpretativa a los principios y valores, que generalmente no están en la ley y sí emergen consagrados en la Constitución; c) no implica erradicar las reglas, que continúan existiendo, pero no en solitario, sino sustentado por un marco axiológico que la sostiene; d) presupone el abandono de la concepción *ius positivista*, por otra visión que la reemplaza apoyada en el Estado Social de Derechos, con un planteamiento *ius fundamental*¹² distintivo, donde la regla sede ante los principios, porque la regla es solo “deóntica” y el principio es “axiológico”; e) un derecho sobre principios que abre las puertas a la Ponderación, dejando

11. También denominado “*Neoconstitucionalismo*”.

12. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Del Neoconstitucionalismo al Neoprocesalismo, el cambio de paradigma en la justicia contemporánea*, publ. en *Derecho Procesal Constitucional*, Dir. Pablo Villalba Bernié y Javier Rojas, p. 100, Editorial Hesaká, Encarnación, Paraguay, Año 2014.

atrás la subsunción; f) un rescate de la argumentación sobre principios, donde lo ideológico del juez pesa más que la simple aplicación de la ley; g) la exigencia que orden jurídico en general (constitucional y procesal) ajusten sus fronteras a las coordenadas vigentes, dejando de ser un derecho desfasado y no acomodado a las vicisitudes actuales.

Entrever que se produjo un giro hermenéutico de inconmensurables connotaciones, superando antiguas concepciones *ius positivistas* y legalistas, planteando un reencuentro del derecho con la moral y la ética, en este contexto los justificativos del neoprocesalismo promueven una reformulación axiológica del derecho procesal que es indudable.

10. NÓVELES CONTORNOS PROCESALES

De conformidad a la descriptiva reseñada y a la incidencia doctrinaria, se propone identificar los noveles contornos procesales, con dos salvedades puntuales, la primera, que no se analizarán los justificativos doctrinarios que precedieron a su aparición; en segundo lugar, realizar la aclaración que no se reniega del Derecho Procesal, al contrario, nos declaramos cultores del mismo, simplemente que éste deberá ajustar su visión a nuevos cánones, cosa muy distinta por cierto, una vez ajustado el torniquete interpretativo asentir el desarrollo normal del procesalismo tradicional.

Con las aclaraciones previas, se sostiene:

- a) Comprender que el neoprocesalismo no es otra cosa que la constitucionalización del orden jurídico procesal, trasluce al Derecho Procesal visto a través del prisma de la Constitución y la Convención, o lo que es lo mismo de la lente de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.
- b) La visión neoprocesalista muestra una jurisdicción que ha ampliado sus deberes cuestionando los límites de la tutela judicial efectiva, no limitado exclusivamente a la defensa de los derechos, sino sustentado en argumentos y principios.
- c) La vigencia de un “derecho procesal sobre principios”, plantea una visión axiológica que supera la mera subsunción (deontología), llevando a comprender que los principios son precedentes para quien resulte ser el intérprete de la disputa jurisdiccional, en consecuencia eje esencial para la concreción de justicia.
- d) Como una cuestión extramuros, fluye el embate de los derechos humanos que condicionan la visión de la esfera procesal, propiciando orientadores del ámbito internacional a ser aquilatados en el orden doméstico, puntualmente en el ámbito procesal.

- e) Se replantea la idea de “garantía”, puesto que no es lo mismo entender a la garantía desde una perspectivación constitucional social, que acoge distintos postulados de justicia, que la antiquísima visión del constitucionalismo liberal, apadrinando una idea de justicia legalista y positivista, caracterizada por su estrechez.
- f) Una concepción procesal superadora del derecho procesal clásico y tradicional basada en el agotamiento en la regla como en la norma (proceso deóntico), rebasándola y reemplazada por otra más abierta y dinámica de una connotación *ius fundamentalista* que exige principios, valores y argumentación.

Distingue a la Constitución y a la Convención de la Ley, aclarando que prestan funciones distintivas al proceso, la Constitución y la Convención conteniendo principios, la Ley generando reglas, justificando la razón de ser de estos repertorios. Claro está, que dichas situaciones pueden variar cuando las Constituciones contienen reglas y la Ley principios, que solo se presentará en casos excepcionales, resolviendo con coherencia estas esporádicas situaciones asistémicas, haciendo uso de una correcta valoración de los derechos fundamentales, que deben primar.

- g) Lógicamente a consecuencia de las formulaciones que anteceden, se nota un cuestionamiento relevante a la visión de los Códigos Procesales Legalistas que tendrán que ser dejados atrás, puntualmente cuando estos repertorios aparecen encerrados en sí mismos, al extremo de referenciar que los casos dudosos o cuestiones no contempladas se resolverán por los principios consagrados en el propio Código Procesal limitando la labor del intérprete. Ello es equivocado, porque al formular la constitucionalización del orden procesal, los principios y valores tienen que ser empleados a partir de la Constitución y del Bloque de Constitucionalidad (ergo de convencionalidad), desde allí descender a los Códigos Procesales y no al revés. En otros términos, concebir que lo fundamental no está en los códigos, específicamente en los procesales, sino en la norma constitucional y la supranacional que orientan el accionar de todo el orden interno. Reiteramos, dejar de lado la austeridad teórica del positivismo legalista.
- h) El novel contorno neoprocesalista también muestra una idea de legitimación amplia, caracterizada por la protección de los intereses difusos, los derechos colectivos y las acciones de clase. Incluso en algunos casos, no importa la legitimación sino la interpretación constitucional del derecho.

En conclusión, el propio ser del proceso ha variado, mudando fronteras. Al advertir esta idea, es viable avizorar la mutación copernicana de estos tiempos, que conlleva reconocer la trascendencia del Derecho Convencional, del Neoconstitucionalismo y su sucedáneo el Neoprocesalismo.

11. AMPLIACIÓN DE FRONTERAS

La bitácora de la convencionalidad, produce el fenómeno de una ampliación de las fronteras del Derecho Procesal, rebasando los originarios posicionamientos que fueran proyectados por doctrinarios que desde antaño vienen realizando investigaciones sobre el tema. El Derecho Procesal, ya no puede ser mirado con una visualización restrictiva, pues su dinamicidad plantea el reformulamiento constante de sus límites y contenidos, en una visión amplia no restrictiva, solo así podrá adecuarse a las necesidades de la comunidad donde está vigente.

Proponemos tratar, algunas de las consideraciones más relevantes, al efecto de marcar un punto de partida para debates más profundos.

- a) En un rescate de la humanización del derecho, todo el sistema jurídico debe estar orientado en salvaguardar los derechos de las personas como tal, es la razón de ser y fin último del derecho, este no tendría razón de existencia sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial pueden dejar de lado estos axiomas primordiales.

De modo, que un primer aspecto de la ampliación de las fronteras, está dado por el necesario rescate del ser humano por sobre todas las cosas.

- b) Un segundo nivel, plantea la conjunción del sistema internacional con el nacional. Tanto los Derechos Humanos como los derechos fundamentales, son mecanismos de protección del régimen jurídico, emergiendo una coincidencia de finalidad entre los dos sistemas, debiendo suscribir que el ámbito constitucional reconoce la existencia del orden internacional y la identificación de los derechos que protege, algo así como la constitucionalización de los derechos internacionales; y, en un sentido inverso, se registra la contribución de los ordenamientos transnacionales a la aplicación del derecho interno, aunque con los valores reconocidos en los instrumentos internacionales, sería como la internacionalización de los derechos constitucionales y procesales.
- c) Tendrá que fomentar un contenido amplio del Derecho Procesal, rompiendo los límites en cuanto a la tipología procesal que forje la disciplina, con las concepciones clásicas construidas al amparo de vetustas teorizaciones individualistas, neoliberales

e *ius* positivistas, reemplazada por una mirada más abarcativa que contenga todas las posibilidades que emergen del orden procesal.

- d) A consecuencia de la consolidación de las noveles ideas del constitucionalismo social, se proyecta una nueva teoría general del proceso, abriendo nuevas dimensiones a la litis, la que fuera ortodoxamente bilateral y singular en la legitimación activa y pasiva, fenomenología que cambia por otra que propone la defensa de los intereses colectivos y de grupos, deslizando tolerar una legitimación amplia, tanto activa como pasiva.

En resumen, el Derecho Procesal sugiere a futuro fronteras móviles, permisivas en la incorporación de mecanismos de litigación que tengan como puntal la consolidación del Estado Social de Derecho, en definitiva, no cabe duda que la convencionalidad representa al fenómeno de mayor relevancia doctrinaria de los últimos tiempos, porque plantea una metamorfosis de gran calado, invitando a modificar modelos codificados, como también transformar la teoría con la que resulta recepcionado lo procesal.

12. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS PROCESALES

La transformación del quehacer procesal en estos tiempos dimana a consecuencia del dinamismo adquirido por el derecho que permanentemente plantea nuevos retos, nuevos problemas a resolver, requiriendo respuestas de los procesalistas, trazados como un desafío de nuestra época. Lleva a concretar la idea de una internacionalización de los derechos procesales, por ser comunes a todos los diseños jurídicos, haciendo que institutos internacionales estén preocupados en forjar soluciones, dando un nuevo albor al derecho procesal. La internacionalización se divide planteada desde tres vertientes, a describir:

- a) En un primer aspecto, lo regulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³, proporcionando normas internacionales para la interpretación de los tratados, al prescribir que los tratados siempre deben ser interpretados de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de la norma supralegal en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin (Art. 31.1).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha subrayado de manera consistente:

“La interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la convención y siempre teniendo en

13. CONVENCIÓN DE VIENA sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

cuenta que el objeto y fin de la misma es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.¹⁴

En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional¹⁵. Como ha reiterado la Corte IDH: “*Tanto esta Corte (...) como la Corte Europea de Derechos Humanos (...) han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”¹⁶.

Por ende, el amparo de los derechos humanos se determinará a la luz de la realidad actual de cada país y de su ordenamiento interno, conservando una necesaria vinculación con la normativa proteccionista de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En idéntico sentido, el Art. 29 de la Convención regula normas de interpretación prohibiendo cualquier deducción que tenga por objeto excluir los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o de prescindir de derechos derivados de la forma democrática de gobierno. Las disposiciones de derechos humanos más favorables no pueden ser dejadas de lado, atento a que el sentido siempre es aplicar el razonamiento más beneficioso al destinatario de la protección internacional. E inclusive, cuando intentase inferir literalmente el texto de un tratado internacional, o cuando éste fuere ambiguo y poco claro, deberá interpretarse en el sentido más favorable al destinatario de la norma, en favor de la persona humana afectada.

- b) Unsegundo aspecto, exterioriza aquello que fuera denominado “la Constitucionalización de los Derechos Humanos”, que se observa cuando las constituciones nacionales incorporan normas de origen internacional al orden interno, en protección de los Derechos Humanos fundamentales.

Como lo expusiera Cançado Trindade, “*ya no se justifica que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados en forma estática o compartimentalizada, como lo fueron en el pasado. Ya no pueden haber dudas de que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional y la nueva realidad en éste así*

14. OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (Ser.A) N° 4, párr. 24; y, Corte IDH, Caso *Paniagua Morales y otros*, excepciones preliminares, sentencia del 25 de enero de 1996 (Ser. C) N° 24, párr. 42.

15. Corte IDH, Caso *Viviana Gallardo y otros*, N° G 101/81 (Ser. A), Resolución del 15 de julio 1981, Decisión de 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

16. Corte IDH, Caso *Villagrán Morales y otros (Casos de los Niños de la calle) vs Guatemala*, Sentencia del 19/11/1999 (Ser. C), N° 63, párr. 193.

formada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados afectados"¹⁷.

Los derechos humanos como nuevo paradigma jurídico, apuntan a reconstruir la confianza social en la Ley y la Justicia¹⁸, basado en un plexo de legalidad que condiciona y obliga a los Estados a respetar a los seres humanos sometidos a su jurisdicción en estándares jurídicos mínimos en materia de derechos y garantías individuales, cuya protección comienza con la norma constitucional.

Desde lo constitucional, se comenzará por bregar la protección de los derechos de la denominada primera generación, que son los derechos civiles y políticos (Convención Americana, Cap. II); los de segunda generación, cuales son los económicos, sociales y culturales (contenidos y limitados en un solo artículo, el 26, bajo el rótulo "*Desarrollo Progresivo*"); y por último los de tercera generación, que son los derechos ambientales, antidiscriminación y género (normados en los Pactos y Protocolos complementarios y autónomos).

c) Un tercer aspecto constituye lo procesal, al generar una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, resultando lógico que aquel termine influyendo en las normas jurídicas domésticas, para que dentro de esa dinámica se enriquezca el sistema procesal de cada país, con el fin último de hacer justicia, a la que solo se arriba otorgando una máxima protección al ser humano.

Los procesalistas latinoamericanos han tomado como desafío de la época, dar respuestas a los nuevos problemas planteados, en un contexto cada vez más interdependiente, las cuestiones exceden el marco de lo nacional para proyectarse desde lo transnacional.

Esa internacionalización de los derechos procesales, ha traslucido en la creación de tribunales internacionales procurando custodiar la aplicación de los principios de derechos humanos en la praxis, pues de otra manera solo se tratarían de simples aspiraciones o expresiones de deseos¹⁹ que nunca se materializarían.

17. CANÇADO TRINDADE, Antonio, en *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, publ. en *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1.993.

18. VEGA, Juan Carlos, *Los Derechos humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional*, publ. en *Derechos Humanos: legalidad y jurisdicción supranacional*, Editorial Mediterránea, p. 59, Córdoba, Argentina, 2.006.

19. VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, p. 290, 2ª Edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1.999.

También tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando a las legislaciones al ajuste de su normativa, aceptando las instituciones pregonadas desde lo supranacional.

Cada vez más, vemos la instauración de figuras modeladas en nuevos paradigmas que son recepcionadas por el orden interno, entre las que tenemos: la desformalización del proceso; la legitimación cada vez más amplia para litigar; derecho de acción ante jueces independientes; garantías del debido proceso; la búsqueda de la verdad; facultades oficiosas del órgano jurisdiccional, tanto en la dirección del proceso, como en la iniciativa oficiosa de prueba; la protección de los intereses difusos; el acceso irrestricto a la justicia; la tutela jurídica efectiva; la predominancia del valor justicia por sobre la seguridad jurídica; etc.

13. INELUDIBLE VUELTA DE PÁGINA IDEOLÓGICA

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha mostrado como característica principal la necesidad de rediseñar la posición ideológica de los gestores del nuevo rumbo procesal, so pena que de repulsar su concreción versaría sobre un proyecto infructuoso que caería nuevamente en las deficiencias de las que se intenta escapar.

Desde el inicio de esta obra se sostiene, que debe partirse de una concepción del Estado Social de Derecho, visión superadora del antiguo Estado de Derecho, proyectando el reemplazo de la concepción liberal *ius positivista* por un sistema cargado de valores y principios, aquello que se da en llamar “sistema de justicia sobre principios”.

Desde que se suscita el reemplazo de la idea del “Estado de Derecho” de corte liberal, por el “Estado Social de Derecho”, se produce una transformación profunda en la interpretación del Derecho, superador del liberalismo constitucional, reemplazándola por otra visión de constitucionalismo social concebida en base al equilibrio entre lo económico y lo social.

Cuadra notar, que se produce una íntima relación entre el debido proceso y la “justicia basada en principios”, pues todo el plexo legal se acondiciona a los principios que actúan como rectores del orden jurídico. Sobresale la idea de un Debido Proceso apuntalado por principios, no ya limitado por las reglas, haciendo que los principios cardinales sirvan de guía para la consolidación del *due process of law*.

El debido proceso mirado desde la óptica de un Estado Social de Derecho en primer lugar; luego, asintiendo la evolución del sistema legislativo en pos de articular un verdadero sistema constitucional; finalmente dejar atrás la visión de *ius positivismo*, concretando una idea de ponderación sobre principios, abriendo horizontes hacia nuevos criterios de interpretación.

El planteamiento ideológico denota la superación de un viejo esquema que responde a un constitucionalismo antiguo, por otra ideología que sugiere una renovación de los conceptos constitucionales promoviendo un novel modelo de Constitucionalismo, de Derecho Procesal y de democracia.

Estas circunstancias fecundaron una profunda reformulación teórica, con toda la carga ideológica que conjetura el traspaso a diferentes postulados, erosionando las ideas de antaño e irradiando efectos sobre el Derecho Procesal y, en particular, sobre el control de convencionalidad, que debe interpretarse a la luz de estos flamantes postulados e innovadoras proposiciones.

14. RESUMEN DE LOS ORIENTADORES PROCESALES ESPECÍFICOS

El control de convencionalidad conlleva incontables orientadores procesales específicos que el derecho procesal debe tener en cuenta, con el objeto de convertirlo en un mecanismo de litigación efectiva.

La idea consiste en describir superficialmente a los descriptores más representativos, dejando en claro que esta incidencia repercute en todas las ramas del derecho procesal, entendiéndose: teoría general del proceso; derecho procesal penal; derecho procesal constitucional; derecho procesal civil; derecho procesal laboral; niñez y adolescencia; entre otros. Todas ellas deberán ir acomodando paulatinamente las exigencias convencionales a su entorno.

- a) Una primera cuestión es la predominancia del valor “justicia”, como axiología fundamental para la construcción del ordenamiento jurídico.
- b) La garantía del “acceso a la justicia”, que no se detiene en la simple posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que avanza en pos de una tutela efectiva.
- c) Un orden procesal que garantice una “tutela jurídica efectiva”, implica un derecho de acceso a tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en los hechos y derechos, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, con una vía de ejecución prevista, finalmente, la garantía de la doble instancia.
- d) Un juicio “oral y público”.
- e) El respeto a las reglas del “debido proceso”.

- f) Cumplimiento de un “plazo razonable” en las distintas causas sustanciadas.
- g) La perspectiva de la “actividad oficiosa de prueba”.
- h) La orientación concreta hacia la “desformalización o desacralización del proceso”.
- i) Garantías de “independencia e imparcialidad judicial”.
- j) Cumplimiento del criterio de “igualdad ante la ley”.

15. CONCLUSIÓN

Lo narrado expone la necesidad de un nuevo miramiento sobre las conclusiones en que debe desarrollarse el Derecho Procesal, que debería acondicionar sus pilares esenciales a los bisoños postulados de convencionalidad.

De no adaptarse a las noveles condicionales de derechos humanos, representará un diseño procesal con un mar de debilidades que no se amoldará a las exigencias de la sociedad moderna, que evoluciona en el sentido de una visión proteccionista.

El relacionamiento entre lo constitucional y lo supranacional acabará exteriorizado en el derecho Procesal, porque aquello que se mantiene en las altas esferas convencionales y constitucionales requieren de una bajada de línea al procesalismo, que es el lugar natural donde se cumplimenta efectivamente la tutela de los derechos. De ahí que devienen trascendentes los ajustes a ser realizados en el derecho procesal, en todas sus áreas y materias, con el objeto que el mecanismo de acción concuerde con las nacientes condicionales.

La doctrina desde hace tiempo ha venido vitalizando la relevancia de la problemática procesal, como un componente vital del amparo de los derechos. Así las cosas, se busca que los derechos pasen de la exhibición teórica, a la realidad de la concreción en la práctica, que únicamente se viabilizará mediante el Derecho Procesal.

CAPÍTULO XVIII

ANÁLISIS LEGAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL A LA NO RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS GERENTES EN CASO DE DAÑO AL MEDIO AMBIENTE

*Jorge Isaac TORRES MANRIQUE**

1. A MODO DE APROXIMACIÓN

Una de las grandes preocupaciones en la temática de protección del medio ambiente, es la efectiva tutela o salvaguarda del mismo.

Uno de los puntos basilares para la efectividad de dicha tutela, se constituye la plasmación de la respectiva responsabilidad penal para los funcionarios responsables.

En la presente entrega, analizamos los alcances de la Sentencia de Casación expedida en fecha 19/06/18, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia peruana, Cas. N° 455- 2017- PASCO. A la vez de determinar, si efectivamente resulta constitucional y justo, que los gerentes no sean pasibles de merecer pena privativa de libertad ante la plasmación de un daño ambiental.

Pero además, a efectos de determinar la eventual afectación a la sostenibilidad medio ambiental, como consecuencia del vertimiento de los efluentes mineros metalúrgicos referidos y a su vez, tutelar de manera efectiva los derechos transindividuales o supraindividuales.

* Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Director Académico de la Escuela de Posgrados, Co Director de Desarrollo Curricular, Representante Académico Internacional, Docente Principal y Director Académico integrante del Consejo Evaluador, del Programa Fast Track Program for Rapid Courses, de la California Silicon Valley School Of The Law, SFO, de la Silicon Valley University, SFO -Matriz Digital (USA). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Editor Asociado de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Director del Capítulo Perú, de Juristas de América Latina y el Caribe- LATAM (México). Docente universitario, tratadista y conferencista internacional. kimblellmen@outlook.com.

2. ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

En el presente punto, es de verse el contenido del Art. 304.-, del Código Penal peruano, que respecto del delito de contaminación ambiental; juridiza: *“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas”*.

3. SOBRE EL DELITO DE RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En principio, es de verse el Art. 314°-A, del Código Penal peruano, preconiza: *“Los representantes legales de las personas jurídicas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previstos en este Título serán responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 23 y 27 de este Código”*.

Empero, como veremos más adelante, la referida Sala Penal Permanente, estableció la interpretación esperada de lo contenido en el artículo precedente.

4. SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DEL DEBER

Al respecto tenemos que, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción de deber”. Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal. En tanto que participe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.¹

1. SALINAS SICCHA, Ramiro. *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*. En línea: recuperado en fecha 18/07/19 de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/>

Consideramos que dicha teoría postula un acertado fundamento, en razón a que, ello corrobora la naturaleza misma de la calidad de autor. En tal sentido, no podría ser responsable penal un autor al que previamente no se le haya demostrado fehacientemente su correspondiente participación merecedora de tal responsabilidad.

5. DERECHOS TRANSINDIVIDUALES

Como intereses transindividuales generales, podemos considerar a aquellos que interesan a la sociedad en su conjunto o bien a una generalidad determinada de sujetos, es decir, puede referirse a la comunidad o a un grupo mayormente cohesionado, donde el interés esté mes o menos determinado. La titularidad de esta clase de interés es “difusa”, porque no hay un vínculo entre una persona, un individuo concreto y el interés.²

El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos “*no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica*”.³

Al recoger el tipo legal la protección de un bien jurídico supra-individual, trataría de in interés difuso de orden colectivo, por lo que la sociedad en su conjunto sería la agraviada.⁴

Entonces, es de verse que los intereses o derechos, transindividuales o supraindividual; se unimisman en buena cuenta a los consabidos intereses o derechos difusos, esto es, a aquellos derechos o interés que les pertenecen a todos en general y a nadie en particular.

6. PRINCIPIOS LEGALES, CONSTITUCIONALES Y PENALES A TOMAR EN CUENTA

6.1. De sostenibilidad. Positivizado en el Inc. 6., del Art. III., del Título Preliminar de

[e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBERI-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d](https://doi.org/10.18269/2524-8458.v1n1.a02) Lima, p. 02.

2. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor Ley 24.240*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999, pp. 389- 401.

3. GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. En: VV.AA. (coord. GIDI, Antonio y FERRER Mac-Gregor, Eduardo). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México, Porrúa, 2003, p. 32.

4. PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo IV. Editorial Moreno, Lima, 2010, pp. 209-210.

la Ley de recursos hídricos, Ley N° 29338, que preconiza: “*El Estado promueve y controla el aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos hídricos previniendo la afectación de su calidad ambiental y de las condiciones naturales de su entorno, como parte del ecosistema donde se encuentran. El uso y gestión sostenible del agua implica la integración equilibrada de los aspectos socioculturales, ambientales y económicos en el desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones*”.

6.2. De tutela jurídica. Establecido en el Inc. 11., del Art. III., del Título Preliminar de la Ley de recursos hídricos, Ley N° 29338, que juridiza: “*El Estado protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales y en el estado en que se encuentre: líquido, sólido o gaseoso, y en cualquier etapa del ciclo hidrológico*”.

6.3. De imputación necesaria. Se encuentra registrado en el Inc. 14., del Art. 139, de la Constitución Política, que respecto de los principios y derechos de la función jurisdiccional, señala: “*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*”.

6.4. Motivación de resoluciones judiciales. Contemplado en el Inc. 5., del Art. 139, de la Constitución Política, que respecto de los principios y derechos de la función jurisdiccional, señala: “*La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*”.

6.5. De proscripción de la responsabilidad objetiva. Prescrito en el Art. VII., del Título Preliminar del Código Penal, que en relación al principio de responsabilidad penal, preconiza: “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”.

7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONVENCIONALES A CONSIDERAR

7.1. Derechos Fundamentales

7.1.1. Debido proceso y tutela jurisdiccional. Es de verse el Inc. 3., del Art. 139, de la Constitución Política, que acerca de la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional; señala: “*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos*

jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

7.1.2. Presunción de inocencia. Se tiene el literal e), inc. 24 del art. 2º, de la Constitución Política, que respecto de los derechos fundamentales de la persona, dispone: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.*

7.1.3. Legalidad. El Inc. 2., del art. 2º, de la Constitución Política, que en relación a la legalidad, preconiza: *“Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”.*

7.1.4. Especificidad y Textualidad. El Art. 3., de la Constitución Política, acerca de Derechos Constitucionales. *Numerus Apertus*, señala: *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.*

7.2. Derechos convencionales. En este punto, es oportuno destacar lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, de la Constitución Política, que señala: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

Por su parte, el art. V, del TP del CPConst., respecto de la interpretación de los derechos constitucionales, indica: *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.*

Ahora bien, es de resaltar que *“[en] el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o: las siguientes características): a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino*

que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”.⁵

Al respecto, en la jurisprudencia referida se aprecia: “(...)el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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”.

Entonces, en resumidos términos el Control de la Convencionalidad, sostiene que las legislaciones internas de cada país, deberán adecuarse a los lineamientos establecidos en la Convención Americana de Derechos.

Así tenemos, que el Inc. 1., del Art. 1., de la Convención Americana de Derechos, respecto de la obligación de respetar los derechos, juridiza: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Respecto de la “garantía” de los derechos, se debe tener en cuenta las garantías específicas, tales como: i) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos, ii) El deber de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos, iii) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos, iv) Reparar a las víctimas y v) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.⁶

5. S/a. *Control de convencionalidad*. En línea: Recuperado en fecha 18/07/19, del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>, San José de Costa Rica, p. 06.

6. GOMES, Luiz Flávio y de OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica, 3a. ed.*, Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010. Citado en: VV.AA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. En línea: Recuperado en fecha 18/07/19, de http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826, 2014, p. 48.

Por otro lado, corresponde traer a colación el principio *pro personae*, el que se encuentra contenido en el Inc. 1., del Art. 29, de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo: “*Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él*”.

Seguidamente, es de apreciarse lo establecido por el Inc. 2., del Art. 29, de la misma norma, que señala: “*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamento o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*”.

8. SÍNTESIS DE LA CASACIÓN *IN EXAMINE*

En breves términos, tenemos la Sentencia de Casación expedida en fecha 19/06/18, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia peruana, Cas. N° 455- 2017- PASCO

El presente caso versa sobre la infracción del deber en delitos contra el medio ambiente frente al debate de las teorías comúnmente esgrimidas en el ámbito de la autoría y participación –i) dominio del hecho e ii) infracción del deber–, en lo que respecta al delito de contaminación del medio ambiente, por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material –importa una ley penal en blanco que inevitablemente remite al derecho administrativo–, es viable optar por la teoría de la infracción del deber, el cual se conceptualiza –en términos amplios– como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional –verbigracia: una compañía minera–.

En principio, se tiene que mediante la Resolución número veintiuno, de fecha 30/05/16, el magistrado del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Pasco declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento, formulado por Juan José Herrera Távara y Teódulo Valeriano Quispe Huertas en la investigación que se les siguió por la presunta comisión de los delitos de contaminación ambiental y responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas.

En fechas 17 y 18/08/16, contra dicha resolución, los representantes tanto del Ministerio Público como de la Procuraduría Pública del Ministerio del Ambiente, interpusieron recurso de apelación, elevándose los actuados a la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte

Superior de Justicia de Pasco, la que mediante Resolución número nueve, de fecha 31/01/17, revocó la decisión asumida por el A quo y declaró infundado el sobreseimiento postulado por la defensa técnica de los imputados.

Posteriormente en fecha 30/03/17, los coprocesados Herrera Távara y Quispe Huertas, interpusieron recurso de casación excepcional, alegando errónea interpretación de los artículos trescientos cuatro –contaminación del ambiente– y trescientos catorce-A –responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas– del Código Penal.

El planteamiento de casación, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por el motivo casacional de errónea interpretación de la norma penal se amparó en los siguientes fundamentos: i) Delimitar la función de garantes que ostentan los representantes legales de las personas jurídicas que se encuentren inmersos en el procesamiento de delitos ambientales, es decir, establecer las reglas y límites generales respecto a la autoría y participación de los agentes en este tipo de ilícitos, ii) Fijar criterios que complementen lo establecido en la Sentencia de casación número trescientos ochenta y dos-dos mil doce/La Libertad, expedida el quince de octubre de dos mil trece por los integrantes de la Sala Penal Permanente, que en sus apartados cuatro punto cinco a cuatro punto nueve, bajo el subtítulo de “*Fundamentos de derecho*”, estableció que el delito de contaminación ambiental es un tipo penal en blanco –condiciona la tipicidad de la conducta a una desobediencia administrativa señalada en la Ley número veintiocho mil doscientos setenta y uno, expedida el dieciséis de agosto de dos mil cinco–, cuyo bien jurídico protegido es el medioambiente. Los verbos rectores –elementos objetivos del tipo– de infringir, contaminar y verter se configuran con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o pudiendo causar un perjuicio o alteración de la flora, fauna y los recursos hidrobiológicos.

Asimismo, dicha casación indicó que el delito de contaminación ambiental es de carácter omisivo y, a efectos de contabilizar el plazo de prescripción del delito, se estableció que este es de carácter permanente.

El representante del Ministerio Público, en su requerimiento de acusación, imputó a Teódulo Valeriano Quispe Huertas que: En su condición de gerente de operaciones de la compañía minera Volcán S. A. A., transgredió el deber de garante de la protección del ambiente, durante la dirección de las operaciones mineras de la unidad de producción Cerro de Pasco de la mencionada compañía, por cuya omisión dolosa y en varios momentos –i) del cuatro al ocho de octubre de dos mil ocho, ii) del tres al seis de diciembre de dos mil ocho, iii) el siete y ocho de mayo de dos mil nueve, iv) del veinticuatro al veintisiete de agosto

de dos mil nueve, v) del seis al nueve de octubre de dos mil nueve y vi) del tres al seis de diciembre de dos mil nueve– provocó en contra de ecosistemas de influencia un aumento relevante de riesgo, y no eligió medios técnicos ni idóneos, a pesar de conocer de los sucesos contaminantes.

Así, el representante del Ministerio Público, atribuye que a través de los efluentes mineros metalúrgicos doscientos dos –de la unidad de procesos metalúrgicos–, doscientos tres –de la planta de neutralización– y doscientos cuatro –del servicio de mina– descargó aguas de difusa calidad cuyas concentraciones contaminantes han podido causar perjuicio sobre la calidad ambiental del lado norte del lago Chinchaycocha –naciente del río Mantaro– en el impacto de las concentraciones contaminantes arrastradas primero por el río Ragro o Ragre, ex quebrada Chinchaycocha, y luego traídas por el río San Juan en catorce punto cinco kilómetros de recorrido, aproximadamente, contado desde los puntos de descarga.

Contra Juan José Herrera Távara, el representante del Ministerio Público, indicó que: En su calidad de gerente general de la compañía minera Volcán S. A. A., cometió el delito de contaminación ambiental, al tener un deber jurídicamente relevante de impedir la producción de sucesos contaminantes, sin poder adoptar medidas gerenciales entre mayo y diciembre de dos mil nueve. Cabe señalar que sobre este imputado no recaen las características que fundamentan lo especial del tipo penal del artículo trescientos cuatro, encontrándose llamado en virtud del artículo trescientos catorce-A y completado por el artículo veintisiete del Código Penal.

En el presente caso, se pretende que dicha Corte Suprema establezca doctrina jurisprudencial por el motivo de errónea interpretación de la norma penal respecto a los límites de la autoría y participación de los agentes del delito de contaminación al ambiente –artículo trescientos cuatro del Código Penal–.

Al respecto, debe indicarse que, el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, es decir, la autoría no requiere cualidad especial alguna en el agente, pues se trata de un delito común.

Empero, de un análisis más exhaustivo de la norma penal, se advierte que la comisión de este delito está contextualizada para los supuestos en los que la contaminación es causada por empresas cuyo campo de acción se encuentra vinculado directamente con el del medioambiente –para el presente caso, las compañías mineras–.

En lo que respecta al supuesto típico de “causar o posibilidad de causar un perjuicio,

alteración o daño grave al ambiente o sus componentes”, las máximas de la experiencia dictan que dicho perjuicio es generado por agentes organizados que se orientan por un fin económico, supuesto que claramente se opone a la contaminación del ambiente ocasionada por un agente particular.

En ese sentido, la delimitación de la autoría y la participación para los delitos de contaminación del ambiente especialmente se circunscribe al ámbito de las personas jurídicas, en las que los agentes que participan en aquellas se desempeñan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, es decir, el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por estas.

Frente al debate de las teorías comúnmente esgrimidas en el ámbito de la autoría y participación –i) dominio del hecho e ii) infracción del deber–, en lo que respecta al delito de contaminación del medioambiente, por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material –importa una ley penal en blanco que inevitablemente remite al derecho administrativo–, es viable optar por la teoría de la infracción del deber, que se conceptualiza –en términos amplios– como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional –verbigracia, una compañía minera–.

La elección de esta teoría, sin embargo, no es meramente subjetiva y discrecional, sino que viene impulsada por un criterio de aplicabilidad o simplicidad en el entendido de que la elección de ella permite operativizar de manera clara el ámbito de la conducta del agente o, en otras palabras, permite imputar la responsabilidad penal del agente en los supuestos en que la normatividad estipulada por la persona jurídica le otorga.

De ello se deriva que la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede ser viable en la medida en que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra conducta que extralimite o no precise dicho deber o rol deberá excluir la responsabilidad el agente.

En el presente caso, del auto de vista se advierte que la Sala Superior, al revocar el auto del A quo que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento a favor de Quispe Huertas y Herrera Távara, consideró que: i) el delito de contaminación ambiental es un delito omisivo y por ello, conforme a los hechos descritos en la acusación fiscal, sería atribuible a los mencionados imputados en la medida en que no habrían intervenido para controlar dicho

acto contaminante, el cual se encontraba en el ámbito de sus dominios; y ii) ello se refuerza aún más si por los cargos que desempeñaban tenían el deber de evitar que se produzca el resultado prohibido.

Sin embargo, no deja de advertirse que la decisión del Ad quem no precisó cómo no habrían intervenido –forma y modo de acusación fáctica y su calificación normativa– los imputados para controlar el acto contaminante, es decir, no se delimitó el nexos causal entre el rol desempeñado por los procesados y el resultado imputado.

Si bien la Sala refiere que, según los hechos denunciados, los coprocesados tenían el deber de observar la no contaminación de río Ragro o Ragre y el río San Juan, en el auto de vista no se aprecian argumentos de la forma como dicha conducta habría excedido el ámbito de competencia de los roles asumidos por Quispe Huertas como gerente de operaciones y de Herrera Távara como gerente general de la compañía minera Volcán S. A. A.

Esto encuentra mayor asidero si en el requerimiento de acusación fiscal –folios dos a cuarenta y tres del tomo uno– se advierte lo siguiente:

Si bien se precisaron los términos de la imputación contra los mencionados coprocesados, no se advierten, una vez más, argumentos acerca de la manera como dichos coprocesados habrían infringido su deber –por el cargo que desempeñaban– en los hechos que se les imputan.

Luis Enrique Osorio Verástegui, al brindar su declaración previa, refirió que: *“En diciembre de dos mil ocho tenía el cargo de jefe de asuntos ambientales y de acuerdo con sus funciones realizaba el monitoreo de los vertimientos industriales minero-metalúrgicos, aguas antes y después de las operaciones mineras de la empresa. Explica que un monitoreo comprende la toma de muestras, el análisis químico en un laboratorio externo y el reporte, que es comunicado a las respectivas superintendencias para la adopción de medidas coercitivas”*.

Declaración que fue corroborada por la versión proporcionada de Quispe Huertas –folio trece–, quien aseveró que: *“Ocupó el cargo de gerente de operaciones y actualmente no labora para la empresa. Con relación al monitoreo ambiental, correspondía al área del medioambiente, que se encargaba de realizar todos los monitores, los cuales se informaban semanalmente vía correo electrónico, siendo el responsable de ello el ingeniero Luis Enrique Osorio Verástegui”*. Es decir, solo para esta persona el representante del Ministerio Público

sí logró establecer el nexo entre el deber que cumplía en la compañía volcán S. A. A. y la conducta imputada.

Para describir el tipo penal del delito de contaminación del ambiente, el representante del Ministerio Público señala que: *“No hace alusión a un elemento condicionante de autoría, en el sentido de exigir una cualidad funcional o de otra índole para ser considerado sujeto activo del delito de contaminación ambiental; autores serán todos aquellos que cuenten con el dominio del acontecer típico quienes tienen la posibilidad de frustrar el evento típico como protagonistas del suceso delictivo. Dicho dominio funcional puede ser compartido por varias personas, siempre que en aquellos concurren todos los elementos exigibles para el caso de una coautoría; de no ser así, su intervención delictiva ha de ser calificada como partícipes (cómplice o instigador)[...]”*.

De lo anterior se observa que, si bien el agente del delito de contaminación ambiental es un sujeto común, ello no implica que en el contexto de una persona jurídica los agentes no asuman determinados deberes y sean responsables únicamente por ellos, situación que equívocamente el representante del Ministerio Público no considera al asumir una teoría del dominio del hecho que no permite identificar con claridad el ámbito de competencia que le viene exigido por la normatividad de la empresa en la que dichos agentes se desenvuelven.

Esto trae como consecuencia la vulneración de los principios de imputación necesaria, como extensión del derecho de defensa—, al no delimitarse concretamente los hechos delictivos atribuidos a los procesados, y el de proscripción de la responsabilidad objetiva, al considerar como autores del delito de contaminación ambiental a Quispe Huertas y Herrera Távara por el hecho de detentar los cargos de gerente de operaciones y gerente general de la compañía minera Volcán S. A. A., respectivamente, circunstancia que en un Estado constitucional y democrático de derecho debe excluirse.

En ese sentido, la conducta atribuida a los procesados no constituye una conducta penalmente reprochable, pues el representante del Ministerio Público no solo omitió la forma en la que estos habrían incurrido en dicha conducta a partir de la función que desempeñaban en la compañía minera Volcán S. A. A., sino que, conforme a lo indicado anteriormente, no es posible atribuirseles responsabilidad, pues se mantuvieron en el ámbito de su competencia. Por ello, deberá ampararse la casación interpuesta.

Finalmente, si bien el representante del Ministerio Público le imputó al procesado Herrera Távara la comisión del delito de responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas, debe indicarse que sobre este punto, mediante auto de calificación, los miembros de

esta Sala no encontraron mayor relevancia casacional, por lo que no se emite pronunciamiento alguno en dicho extremo.

Así, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: i) Declararon fundado el recurso de casación formulado por la defensa técnica de Teódulo Valeriano Quispe Huertas y Juan José Herrera Távara contra el auto de vista; y en consecuencia, Casaron el auto de vista recurrido que revocó el auto que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa técnica de Quispe Huertas y Herrera Távara, ii) Actuando como sede de instancia, confirmaron la resolución que declaró fundado el sobreseimiento a favor de Quispe Huertas y Herrera Távara; con lo demás que contiene, y iii) Dispusieron la notificación de la presente Ejecutoria a las partes personadas a esta Sede Suprema.

9. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN *IN COMENTO*

Como primer punto, debemos dejar constancia acerca de la especial como saludable trascendencia de la expedición de la presente resolución *sub judice*. Ello, en tanto que establece importante doctrina jurisprudencial sobre una temática como lo es el delito de contaminación del medio ambiente, el mismo que desde hace no poco, ha venido siendo materia de discusión y decisiones no uniformes.

Ello, obedeciendo a la calidad de dicho delito, es pues, complejo, en razón a que comporta una ley penal en blanco, la que obliga la previa remisión a predios del derecho administrativo

Así, nos referimos a la necesaria delimitación o determinación de la autoría y la participación para los delitos de contaminación del ambiente (poniendo fin al debate de las teorías del dominio del hecho y de infracción del deber), pues, se circunscribe al ámbito de las personas jurídicas, en las que los agentes o sujetos activos, que participan en aquellas se desempeñan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, es decir, el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por estas.

Maravilla pues, que a propósito de la expedición de la resolución *in examen*, resulte inaceptable en extremo alguno, que en un Estado Constitucional de derecho, como el que rige en el ordenamiento jurídico peruano, se inobserve los principios de imputación necesaria y de proscripción de la responsabilidad objetiva acotados en la misma.

Luego, es de resaltar el protagonismo que se le atribuye en dicha resolución, al principio de responsabilidad penal (que proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, ergo, la prueba debe establecer el nexo de causalidad entre la acción u omisión intencional y sus efectos), al que se hace mención de manera tácita.

Además, aunque no lo mencione expresamente en la resolución bajo comentario, no hace más que reflejar el esperado abrace de los basilares derechos fundamentales de legalidad, especificidad y textualidad. Así, solo se puede ser responsable de lo que previamente se encuentre jurizado en una norma legal y que a su vez, tenga que figurar específica como expresamente en la misma, respectivamente.

Mención aparte, merece resaltar la preponderante lugar que se le asigna al derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales y presunción de inocencia. Aunque, el mismo dicho sea de paso, tampoco es referido en dicha resolución.

En ese orden de ideas se deja claramente establecido, que de no vulnerar dichos derechos fundamentales (además de los principios de imputación necesaria y proscripción de la responsabilidad objetiva, señalados en la resolución *sub examine*); los gerentes de una compañía minera, de manera alguna podrán ser imputados o responsabilizados penalmente

Por otro lado, llama poderosamente la atención que siendo el Ministerio Público el defensor de la legalidad, el representante del mismo, haya incurrido en tan craso error (por decir lo menos). Así, nos referimos al requerimiento de acusación fiscal, en el que se no se aprecia argumentos de cómo es que los coprocesados (en el cargo que laboraban), habrían inobservado o infringido su deber, respecto de los hechos delictivos que se les imputa.

En iguales términos, resulta preocupante como lamentable, que la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pasco, haya revocado la decisión asumida por el *A quo*, declarando infundado el sobreseimiento postulado por la defensa técnica de los imputados. Ello, sin esbozar argumentos para tales efectos.

Lo evidenciado, parece revelar algo más preocupante aun. Y nos referimos a que, resulta probable que tanto el representante del Ministerio Público como también, la referida Sala Superior Penal de Apelaciones (al menos en lo que corresponde la presente resolución bajo análisis), inobservan principios convencionales, constitucionales y penales elementales, lo que a su vez no se unimisma con el espíritu y lineamientos de un Estado Constitucional de derecho imperante. Presenta así además, un lamentable desfase y retroceso.

Por otro lado y sin restar la merecida importancia y mérito a la referida resolución (en lo tocante a la inclusión de la Teoría de la Infracción del Deber); es preciso dejar constancia que resulta preocupante, que tanto el representante del Ministerio Público y la señalada la Sala Superior Penal de Apelaciones, hayan inobservado lo preceptuado en los principios y derechos fundamentales indicados, toda vez, con anterioridad a la expedición de dicha resolución se tiene previsto el derecho fundamental al debido proceso y principio *iura novit curia*. Y en base a los mismos, pudieron resolver de conformidad a la resolución *sub examine*.

Es de acotar también, que en el presente caso no se incurre en un, supuesto como aparente, conflicto de derechos fundamentales (esto es preferentemente, entre el derecho a la presunción de inocencia, de los gerentes denunciados. y el derecho a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Así, no ameritaba (como en efecto no se hizo) la correspondiente ponderación de dichos derechos.

No obstante, consideramos lamentable como imprescindible, que no se haya dilucidado también en pro de la efectiva contaminación del medio ambiente como producto de los efluentes mineros metalúrgicos, mencionados por el representante del Ministerio Público (determinado se haya infringido o no, las leyes, reglamentos o límites máximos permisibles); pues, el mismo refiere que descargó aguas de difusa calidad cuyas concentraciones contaminantes “*han podido causar perjuicio*” sobre la calidad ambiental del lado norte del lago Chinchaycocha –naciente del río Mantaro– en el impacto de las concentraciones contaminantes arrastradas primero por el río Ragro o Ragre, ex quebrada Chinchaycocha, y luego traídas por el río San Juan en catorce punto cinco kilómetros de recorrido, aproximadamente, contado desde los puntos de descarga. Y es su caso, determinar también, las acciones a tomar.

Así, se hubiera podido determinar la eventual afectación a la sostenibilidad ambiental, como consecuencia del vertimiento de los efluentes mineros metalúrgicos referidos y a su vez, tutelar de manera efectiva los derechos transindividuales, como son por ejemplo, el medio ambiente. Y que dicho sea de paso, fue en lo que sí acertó el representante del Ministerio Público al interponer su respectiva denuncia en dicho extremo.

En ese orden de pensamiento, llama la atención que en la resolución bajo comentario, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia peruana, únicamente haya considerado dos fundamentos para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por el motivo casacional de errónea interpretación de la norma penal amparada (dejando de lado la referida tutela jurídica y del bien jurídico protegido, como es el medioambiente) y que fueron: i) Delimitar la función de garantes que ostentan los representantes legales de las personas jurídicas que

se encuentren inmersos en el procesamiento de delitos ambientales, es decir, establecer las reglas y límites generales respecto a la autoría y participación de los agentes en este tipo de ilícitos, ii) Fijar criterios que complementen lo establecido en la Sentencia de casación número trescientos ochenta y dos-dos mil doce/La Libertad, expedida el quince de octubre de dos mil trece por los integrantes de la Sala Penal Permanente, que en sus apartados cuatro punto cinco a cuatro punto nueve, bajo el subtítulo de “Fundamentos de derecho”, estableció que el delito de contaminación ambiental es un tipo penal en blanco –condiciona la tipicidad de la conducta a una desobediencia administrativa señalada en la Ley número veintiocho mil doscientos setenta y uno, expedida el dieciséis de agosto de dos mil cinco–, cuyo bien jurídico protegido es el medio ambiente.

Finalmente, se aprecia que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, expidió la resolución bajo análisis, sin observar la legalidad, sin haber llevado a cabo el control de constitucionalidad (al resolver de manera extranjera a los referidos principios y derechos fundamentales) y lo propio respecto del control de convencionalidad (al desconocer los mismos en dicha sede y consecuentemente también, el principio *pro personae*).

10. CONCLUSIONES

La utilización de la Teoría de la Infracción del Deber, por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, deviene en necesaria, esperada como saludable.

No obstante, en vista que, no se ha dilucidado la efectiva contaminación del medio ambiente como producto de los efluentes mineros metalúrgicos mencionados (esto es, no se ha determinado que se haya), no se habría tutelado efectivamente el derecho transindividual a la sostenibilidad ambiental y del bien jurídico protegido, como es el medio ambiente.

Se ha determinado en la resolución *in examen*, que si bien es cierto, que se han observado los principios de: imputación necesaria, proscripción de la responsabilidad objetiva y principio de responsabilidad penal (este último de manera tácita); es de lamentar que por otro lado, no se haya considerado estricto su ajuste a, i) los principios de: sostenibilidad, de tutela jurídica, de motivación de resoluciones judiciales, ii) los derechos fundamentales de: al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, legalidad, especificidad y textualidad, y iii) el derecho convencional, al principio *pro personae*.

Por ello, la misma (aunque sea plausible, que contenga el acierto del criterio de la Teoría de la Infracción del Deber), deviene pues en ilegal, inconstitucional e inconvencional.

Por ende, dicha resolución fue expedida de manera clamorosa, a espaldas de la protección y salvaguarda al medio ambiente, que registran los principios de: sostenibilidad y tutela jurídica.

Ello preocupa sobremanera, puesto que no se condice con su naturaleza y obligación como ente supremo, con la calidad de doctrina jurisprudencial establecida vía la resolución *in comento* y así también, con el Estado Constitucional de derecho imperante.

11. SUGERENCIAS

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, debió disponer que de manera previa a la expedición de la resolución *in comento*, que el representante del Ministerio Público disponga se lleve a cabo las acciones pertinentes, a efectos de determinar la eventual infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, en la denuncia de delito contra el medio ambiente.

Resulta imperiosa la implantación de una política de Estado a efectos de abrazar la difusión, capacitación, concientización y puesta en práctica, los reales como estrictos alcances y extremos de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, en la totalidad de niveles y sedes educativos.

Además, la imposición de las correspondientes sanciones al representante del Ministerio Público y totalidad de magistrados, en razón de haber inobservado lo preconizado en sede legal, constitucional y convencional.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. En: VV.AA. (coord. GIDI, Antonio y FERRER Mac-Gregor, Eduardo). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica. México, Porrúa, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio y de OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica, 3a. ed., Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010. Citado en: VV.AA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. En línea: Recuperado en fecha 18/07/19, de http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis. Defensa del consumidor Ley 24.240. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV. Editorial Moreno, Lima, 2010.
- S/a. Control de convencionalidad. En línea: Recuperado en fecha 18/07/19, del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>, San José de Costa Rica.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En línea: recuperado en fecha 18/07/19 de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d> Lima.

CAPÍTULO XIX

DEL CONSTITUCIONALISMO AL CONVENCIONALISMO

*Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO**

Todo exceso suele comportar una gran transformación en sentido opuesto: tanto en las estaciones, como en las plantas y en los cuerpos y también en grado sumo, en las constituciones. Platón.

1. INTRODUCCIÓN

¿El convencionalismo es un relevo necesario del constitucionalismo para la protección de los derechos humanos? La respuesta es importante si se desea tener una descripción en base a los datos históricos recopilados más que a juicios de valor, creados en los contextos de antaño, en los que surgieron las ideas políticas del constitucionalismo moderno, para hacer un análisis los sucesos con los parámetros actuales de la cultura jurídica y, en consecuencia, la necesidad de crear una teoría sustentada en el conjunto de conocimientos objetivos y verificables.

El origen del constitucionalismo moderno se remota a finales del siglo XVIII, representa en esencia la lucha por transformar el poder político, con la finalidad de impedir la arbitrariedad y el despotismo, mediante la implantación de la carta suprema denominada constitución, cuya característica es la de ser considerada fundamental, al contener normas jurídicas de una categoría superior al resto de las disposiciones jurídicas.

El argumento en el que se sustenta el constitucionalismo es de autoridad, porque baste que se encuentre regulada una conducta o un hecho en la constitución para que se considere suficiente justificación para inferir sus bondades sin que se cuestione sus alcances y por ello

* Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, Profesor e Investigador de la Facultad de la Escuela Libre de Derecho de Chiapas. Líneas de investigación derecho constitucional, convencional y derechos humanos. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

existe la supremacía constitucional que sirve para validar todo acto o ley al estar conforme a ésta, es decir, la jerarquía se determina *a priori*.

Una constitución es un complejo normativo. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar, en nuestro caso, al estado mexicano. Dichas normas son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables

Esta supremacía subsiste, por ejemplo en México el juicio de amparo es el medio de defensa más importante para proteger los derechos humanos, sin embargo se impide que se cuestione las adiciones o reformas a la constitución como lo prevé la primera causa de improcedencia de la Ley de Amparo en el artículo 61, fracción I.

El inicio del derecho convencional de los derechos humanos es similar al del constitucionalismo moderno, su desarrollo principia en el siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, para controlar los excesos del poder de los Estados en sus regímenes internos, quienes se limitaron a privilegiar el aspecto formal (producción), sin considerar los contenidos que atentaban e infringían la dignidad humana.

El argumento en el que se sustenta el convencionalismo de los derechos humanos es el principio *pro persona*, porque no interesa el catálogo en que se encuentre la norma, principio o directriz, lo que es fundamental es aplicar la disposición o su interpretación que mayor protección posible o el menor perjuicio que se otorga a la luz del caso concreto, o sea la jerarquía se determina *a posteriori*.

A pesar de ello desde 1969 en la Convención de Viena sobre Tratados en la que se determinó la influencia de los tratados internacionales tendrían en el derecho nacional (incluyendo las normas constitucionales), de manera expresa se fijó una jerarquía superior de las convenciones en general, al precisar: *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado* (artículo 27).

2. CONSTITUCIONALISMO

El gobierno es la parte esencial del Estado que monopoliza el uso de la fuerza de forma legal y a través de éste se organiza los aspectos fundamentales de una comunidad o comunidades, a lo largo de la historia han existido diversas formas de cómo se accede al poder público y de diversas formas de gobernar, entre ellas por decisión “divina”, por herencia, elección de un reducido grupo, a por el conjunto de los ciudadanos.

Desde la antigüedad, Aristóteles destacó seis formas de gobernar divididas en puras e impuras, las primeras la monarquía, aristocracia y democracia, gobierno de uno, de pocos y de la mayoría respectivamente, por las segundas: tiranía, oligarquía y demagogia.

A las formas de cómo se ejercer el poder Aristóteles denominó como constituciones, es decir, la manera de organización política y no al documento fundamental en el que establece los derechos fundamentales y la forma de gobierno de un país.

Previo al constitucionalismo moderno encontramos una fase política de tiranía, de explotación, de abusos, de falta de seguridad al estar expensas la libertad, las propiedades, el patrimonio del capricho de quienes ejercían el poder e imponían impuestos desorbitantes, que dan origen a una reacción social que busca evitar estas injusticias a través de prever normas a las que todos debían de sujetarse para restringir la voluntad absoluta de los reyes o emperadores.

Es importante destacar que muchas ideas políticas surgieron de la época denominada Ilustración (Siglo XVIII-XIX), que se generó como respuesta a la ignorancia, manipulación, tiranía y explotación a las grandes masas, se fundamentó en la igualdad, la libertad y el uso de la razón. Esta corriente fue trascendente para rebelarse contra el poder despótico y lograr un cambio social nuevo, cuyo fundamento jurídico es el constitucionalismo.

2.1. Del iusnaturalismo al positivismo

En esencia la diferencia entre el positivismo y el naturalismo es la lucha por el poder, entre los que tienen el poder y con ello la posibilidad de crear las normas jurídicas y los que aspiran a no ser avasallados.

El Estado constitucional —producto del constitucionalismo- se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. Esa limitación está dada, por un lado por el reconocimiento de ciertos derechos básicos en la parte llamada “dogmática” de la Constitución y por el otro por la división de poderes, la existencia de contralores recíprocos, la periodicidad de los encargados del gobierno.¹

Por eso el derecho natural, los derechos naturales, el iusnaturalismo han actuado como ideas a contracorriente del *status quo*, así lo dice ADBRUCH:

1. PAOLANTONIO, Martín E., Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social, Revista Lecciones y Ensayos, 1987, vol. 47, p. 201.

Abrió a la humanidad los ojos acerca de sus cadenas, enseñándole así a sacudírselas. Combatió el nombre del inalienable derecho humano de la libertad, la servidumbre, a la gleba y el vasallaje de los campesinos, la sumisión de la mujer casada al egoísmo del marido, el cautiverio del nombre de la ciudad a la jaula de oro de los gremios; mino el absolutismo de los gobiernos y los señoríos patrimoniales heredados del feudalismo, y combatió con armas de la seriedad y la burla del esclavizamiento de la libertad de los espíritus por las iglesias. Salvaguardó la personalidad contra la arbitrariedad de los abusos policíacos y proclamó la idea de Estado de Derecho, corrigió fundamentalmente al Derecho penal, al combatir la justicia basada en la arbitrariedad y establecer determinados tipos de delito incompatibles con la dignidad humana, las penas corporales de mutilación, acabó en el procedimiento criminal con el tormento y persiguió a los perseguidores de brujas.²

2.2. Primeras declaraciones

El primer documento elemental que previó los principios elementales del constitucionalismo moderno fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), misma que sirvió de influencia a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y a la Carta de Derechos de los Estados Unidos (1791) que representa las diez enmiendas de la Constitución de ese país en materia de derechos fundamentales. Así en el primer artículo de la Declaración de Virginia se dice:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.

En Francia la forma de gobierno antes de la revolución se basó en una monarquía absoluta, en ésta había división de poderes, el rey tenía concentrado todo el poder, creaba las leyes, modificaba las decisiones judiciales a su antojo, ejercía plenamente la soberanía, ya que su poder se justificaba en el origen divino, en la voluntad de Dios.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue un documento esencial para el origen del constitucionalismo moderno y también para la Revolución francesa (1789-

2. RADBRUCH, Gustav, Introducción a la filosofía del derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 112.

1799), es ésta en la que se define por primera vez lo que debe reunir un documento político para ser considerado constitución, al precisar en el artículo 16º: *Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.*

*Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los **derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre**, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.*

La rebelión contra la monarquía inglesa trajo como resultado el nacimiento a los Estados Unidos Americanos (EUA) y la francesa la abolición del gobierno absolutista de Luis XIV. A diferencia del constitucionalismo inglés que es la raíz de esta doctrina política que se funda en la tradición, el constitucionalismo de los Estados Unidos y el francés se cimientan en el iusnaturalismo.

La Constitución de los EUA si bien no plantea en un inicio una sección especial a los derechos fundamentales, también lo es que establece el origen del ejercicio del poder a través de elecciones y la estructura ahora tradicional del Estado en tres poderes, ya no como producto de la representación de Dios en la tierra ni por vía herencia o por pertenecer a una casta privilegiada, lo que en el contexto era el ejercicio del poder despótico que marginaba a la población, por eso en preámbulo de la Constitución EUA se dice:

El Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCION para los Estados Unidos de América.

2.3. Principios de constitucionalismo moderno

La idea o la palabra principio implica inició, así también principal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre diversas acepciones de esta palabra significa: “Primer instante del ser de algo”, “Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.

Principio es entre sus acepciones: el inicio o la causa; a la base fundamental de una ideología; lo que da razón a un pensamiento.

En este orden de ideas el principio fundamental del constitucionalismo es proteger al hombre de los hombres que ejercen el poder, a través de otros subprincipios:

Los principales principios del constitucionalismo moderno fueron la soberanía del pueblo, principios universales, derechos humanos, gobierno representativo, la constitución como ley suprema, separación de poderes, gobierno limitado, responsabilidad y obligación de rendir cuentas del gobierno, independencia judicial e imparcialidad, y el derecho de la gente a reformar su propio gobierno, o poder constituyente del pueblo.³

Estos movimientos políticos desencadenaron en el constitucionalismo liberal, basados en el concepto Estado de derecho cuyo origen es el derecho inglés, siendo las Constituciones estadounidenses y francesas las pioneras en este ámbito.

Los principios de constitucionalismo de aquella época son los de la constitución liberal: gobierno de la razón o de los “principios” contra la dictadura de las pasiones; representación política mediante la separación de poderes; legalidad y garantía de las libertades, tribunales independientes, libertad de prensa y de la opinión pública, habeas corpus.⁴

2.4. Impacto de las declaraciones

Las consecuencias de las nuevas aspiraciones plasmadas en documentos fundamentales no implican un cambio inmediato en la cultura de las sociedades por el hecho de redactarse, como actualmente se puede evidenciar en Latinoamérica, campo fértil para suscripción de tratados internacionales en derechos humanos, pero su eficacia o cumplimiento de los Estados en muchos aspectos son nulos.

3. DIPPEL, Horst, Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. Historia constitucional, 2005, no 6, pp. 181-199.

4. ZAGREBELSKY, Gustavo, Constitucionalismo, Derechos y libertades, Número 29, Época II, junio 2013, pp. 19-38.

En un inicio los principios del constitucionalismo moderno de la Declaración de Virginia en su totalidad no fueron aceptados en la mayoría de los Estados de la Unión, tampoco fue una realidad inmediata en el pueblo francés los alcances de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ni en otros países europeos.

La Constitución de Maryland de 1776 incorporó los diez elementos esenciales de la Declaración de Derechos de Virginia, pero la siguiente constitución en hacerlo fue tan sólo la de Massachussets, en 1780. Ninguna de las otras ocho constituciones escritas entre 1776 y 1780 se adecuó plenamente a ese listado.... En los 1770's y 1780's la estricta separación de poderes fue más a menudo rechazada que aceptada.⁵

Así tampoco la Carta Magna (1215)⁶ inglesa, que es el precedente más antiguo de un documento de carácter constitucional que formalmente estableció un conjunto de derechos civiles⁷, firmada a consecuencia de la impopularidad de Juan Sin Tierra, quien acordó, con la finalidad de continuar en el poder, con los nobles y la iglesia ciertos límites al poder del rey: que no habría más impuestos sin la autorización de la asamblea, la prohibición de detener ilegalmente a los barones, el acceso a éstos a la justicia inmediata, la protección de los derechos eclesiásticos, entre otros, sin embargo, no se cumplió con la Carta Magna y fue anulada por el papa Inocencio III, lo que ocasionó la guerra de los Barones.

En Francia igualmente no fue de inmediato el establecimiento de los principales principios del constitucionalismo moderno, inclusive en la Constitución de 1799 se concentró el poder en las manos del Primer Cónsul, la cual sirvió de ejemplo a otros países cuyos gobiernos fueron autoritarios, con dictadores con textos supuestamente constitucionales. En la Constitución de 1848 no se garantizó la responsabilidad de las autoridades, a pesar que se avanzó en el gobierno representativo y la independencia judicial. Fue hasta 1958 cuando plenamente es factible hablar de un constitucionalismo moderno.

Independencia judicial, responsabilidad, gobierno limitado, y el atrincheramiento de la constitución no fueron omitidos desde los primeros documentos constitucionales franceses al azar. Por varias razones, hubo de transcurrir un largo tiempo hasta que fueron aceptados como principios del constitucionalismo francés. La mayor parte de

5. PAOLANTONIO, Martín E., Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social, Revista Lecciones y Ensayos, 1987, vol. 47, p. 201.

6. Tiene como antecedentes el Código de Derecho del Rey Alfredo del siglo IX y la Carta de las Libertades de 1100.

7. QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABINO PENICHE, Norma, Derechos humanos, Porrúa, México, 2013, p. 7.

ellos, en realidad, fueron solamente incorporados en décadas recientes, cuando la constitución de la Quinta República evolucionó.⁸

Esto fue así, porque si bien la declaración francesa que derrocó al régimen absolutista de rey, no fue un instrumento constitucional que regulará la forma del Estado, los órganos y sus funciones, ni derechos de las personas, por lo que se puede decir, siguiendo a la misma declaración que Francia careció de Constitución por mucho tiempo a pesar de ese importante suceso para la humanidad.

La célebre Declaración propiamente no fue un ordenamiento de tipo constitucional, puesto que no organizó al Estado francés mediante la creación de órganos de gobierno y la distribución de su competencia, sino que representa un documento singular importancia que sirvió de modelo irrefutable a los diferentes códigos políticos que rigieron la vida institucional en Francia a partir a partir del año 1791, en que se expide la primera Constitución que en realidad instituyó una dictadura popular atendiendo a los poderes omnímodos con lo que se invistió a la asamblea nacional como órgano representativo del pueblo.⁹

Una gran diferencia entre el sistema de los EUA respecto al constitucionalismo, fue que la tarea de proteger a la Constitución fue reservada a los órganos jurisdiccionales, en cambio en el sistema francés tal función fue de carácter político, cuando los jueces vulneraban las leyes emitidas por la Asamblea era factible concurrir al tribunal de casación que no pertenecía al poder judicial ni al legislativo.

El sistema de control constitucional imperante en Francia es de índole jurídico-política no jurisdiccional... la tutela de la Constitución no se confiaba los tribunales sino al... Consejo, la actividad de éste, en el desempeño funciones protectoras, se excita por otros órganos estatales, o sea, por el Presidente de la República, el Primer Ministro o por los presidentes de la Asamblea Nacional... Además del "pre-control" constitucional que ejerce dicho Consejo no se despliega el interés de los ciudadanos, sino en el de los poderes políticos.¹⁰

8. La Quinta República Francesa es el régimen republicano en vigor en Francia desde el 5 de octubre de 1958 hasta hoy; la Quinta República sucedió a la Cuarta República instaurada en 1946.

9. BURGOA, Ignacio, El juicio de amparo, editorial Porrúa, México, 1999, p. 70.

10. *Ibidem*, p. 73.

2.5. Soberanía popular

Uno de los puntos fundamentales del constitucionalismo moderno es la manera de legitimar a los gobernantes, ya no por una orden divina sino por la voluntad del pueblo, y con ello el principio de soberanía popular. La Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776:

Que todo poder reside en el pueblo, y, por consiguiente, de él se deriva que los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él (II).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789:

El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano, ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella. (Artículo 3º)

2.6. Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo se presenta como una forma progresista de percibir el derecho más que sólo leyes (preconcebidas a los conflictos), sino en principios, directrices, valores y fines.

La superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo llevaron a un proceso amplio y todavía no acabado de reflexiones acerca del derecho, su función social y su interpretación. El post-positivismo (Neoconstitucionalismo) intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho actual, intenta hacer una lectura moral del derecho, pero sin la necesidad de utilización de categorías metafísicas. La interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de la justicia y no podrán aceptar activismos o personalismos, en especial los judiciales. En ese conjunto de ideas ricas y distintas que procuran un hogar en dicho paradigma en construcción, se incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de derechos fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana. En ese ambiente, se promueve la reaproximación entre el derecho y la filosofía.¹¹

11. BARROSO, Luis Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. *El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Estudios Jurídicos*, 2008, no 127.

En el neoconstitucionalismo, los jueces han pasado de ser “boca de la ley” a ser creadores de normas y controladores de la Constitución. En el modelo de Estado legislativo de Derecho, por el principio de legalidad, el rol de los jueces era el de simple aplicadores mecánicos de la ley y lo cual suponía su neutralidad al dictar sentencias; en este contexto, separarse del texto del legislador no sólo era prohibido sino sancionado penalmente. Es más, la ley se presumía válida hasta que la autoridad competente, el parlamento, la expulsaba del sistema jurídico. La legalidad ataba de manos al juez y lo compelia a hacer la “justicia” definida desde los parlamentos.

3. CONVENCIONALISMO

El convencionalismo surge ante la ineficacia del constitucionalismo de proteger los derechos fundamentales previstos en las constituciones, aunado a que tampoco se desarrolló acorde a las necesidades primordiales de la población como los derechos sociales, económicos, culturales y del medio ambiente, porque se pensó que bastaba garantizar la forma de acceder al poder público, no así la manera de cómo se gobernaba, se creyó como irrefutable que alcanzaba con tener representantes “populares” para garantizar el buen gobierno.

*El carácter nominalista de las constituciones liberales clásicas del siglo XVIII, XIX y primeras décadas del siglo XX no respondió a las necesidades sociales, políticas y económicas de cada época.*¹²

El derecho como producto cultural se sustenta en conceptos, la idea de los derechos humanos y el grado de protección que se concibe actualmente, no fue producto de los movimientos sociales del constitucionalismo sino del convencionalismo.

La doctrina distinguía, y en algunos países sigue siendo así, que los derechos fundamentales son los que están plasmados en la constitución y los derechos humanos en el derecho internacional. También se dice que los derechos de la constitución son principales y los de las convenciones complementarias.

La inclusión del lenguaje de derechos humanos en la Carta de la ONU fue un momento crucial que encaminó la historia de la gobernanza global de posguerra hacia el establecimiento de normas y derecho internacional para la promoción internacional de los derechos humanos. Este lenguaje no era el lenguaje de las

12. VICIANO, Roberto, y MARTÍNEZ, Rubén, Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en “Crítica y Derecho-2. Política, justicia y Constitución”, Luis Fernando Ávila, Ed. Corte Constitucional Ecuatoriana, Ecuador, 2011, p. 209.

*grandes potencias, y fue adoptado finalmente por las grandes potencias solo en respuesta a la presión de Estados más pequeños y de la sociedad civil.*¹³

El tema de los derechos humanos, inicial y esencialmente, era un asunto exclusivo del derecho interno; al proyectarse a nivel internacional, por la incapacidad del Estado de garantizar el respeto de los derechos humanos¹⁴, ahora los derechos humanos tienen una protección multinivel. Las condiciones de validez de las leyes, que dependen del respeto no sólo de las normas procedimentales sobre su formación sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, de la coherencia con los principios de justicia establecidos en la Constitución¹⁵ y en las convenciones y sus interpretaciones.

*Un nuevo, grandioso salto –en todo por cumplirse-, el anunciado y prometido por la Carta de la ONU y por las convenciones internacionales sobre derechos humanos, no sólo de libertad sino también económico y social. Un salto del cual depende no sólo el futuro de la convivencia mundial, sino también la credibilidad de nuestras mismas democracias nacionales.*¹⁶

Muchos son los factores que han generado la revolución jurídica de finales del siglo XX y principios del XXI, en un inicio la crisis humanitaria de la Segunda Guerra Mundial, la aceptación unánime de los Estados de suscribir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los efectos de la globalización y regionalización, la creación convencional de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, así como la lucha internacional contra la impunidad de crímenes de *lesa humanidad*.

*A partir de la segunda década del siglo XX: el fortalecimiento y ampliación del derecho internacional, la primacía de los derechos humanos, los ataques a la concepción del Estado nacional, la regionalización e integración política y económica de diversos países, y el nuevo desarrollo de la globalización*¹⁷.

13. KATHRYN Sikkink, “El papel protagonista de Latinoamérica en los derechos humanos”, SUR 22 (2015), visitado el 9 De Julio 2019, <https://sur.conectas.org/es/el-papel-protagonista-de-latinoamerica-en-los-derechos-humanos/>

14. BECERRARAMÍREZ, Manuel, El control de la aplicación del derecho internacional, III-UNAM, México, 2017, p. 164.

15. FERRAJOLI, Luigi, El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad de Colombia, Bogotá, 2000, p. 168.

16. *Ibidem*, p. 182.

17. CARPIZO Jorge, Derechos Humanos, UNAM, México, 2007, p 144.

3.1. Derecho convencional

En una breve y apretada visión sobre el derecho convencional, esencialmente por el contenido de este artículo, es factible definir a éste como el sistema de normas, reglas y principios creados mediante pactos o tratados internacionales en el que establecen directrices e instituciones comunes entre diversos Estados.

La fuente principal y general del derecho convencional es la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (CVDT) misma que dispone:

Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. (Parte I, a. 2, a).

3.2. Derecho internacional público

El derecho convencional forma parte del derecho internacional público, campo que actualmente es difícil de delimitar debido a la gran evolución, dinamismo y rapidez con el que se está desarrollando, especialmente porque el hombre ahora también es sujeto de derecho internacional público.

La complejidad y variedad únicamente de los tratados no es ajena a este fenómeno, sino es la más extensa:

La diversidad de materias y áreas que los tratados cubren hoy en día es vasta. Existen tratados que pueden definir el status de un territorio, como el Acuerdo de 1984 entre China y Reino Unido referente a Hong Kong, o aquellos que crean derechos y obligaciones en los más diversos asuntos, como propiedad intelectual, inversiones, medio ambiente, comercio, derechos humanos entre muchas otras materias¹⁸.

Este gran crecimiento normativo se debe principalmente a la globalización, que incluye diversos campos del derecho internacional público como el “derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos, por lo que puede decirse que en la formación de esta

18. MORENO GONZÁLEZ, Jimena, BARRERA NÁJERA, Guadalupe y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Internacional Público*, CIDE Oxford, México, 2011, p. 46.

*novel disciplina jurídica confluyen aspectos comunes del derecho procesal, constitucional e internacional”.*¹⁹

3.3. Derecho sustantivo y procesal convencional

El derecho convencional es factible dividirlo para su estudio en derecho sustantivo convencional y derecho procesal convencional.

La acción es un derecho humano fundamental de todo régimen democrático porque es el medio civilizado de hacer valer todos los demás derechos, la importancia de la separación del derecho sustantivo del derecho procesal es espléndidamente expuesta por COUTURE:

*Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.*²⁰

Refiriendo sólo al derecho convencional de los derechos humanos y esencialmente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es factible señalar que la evolución provoca el surgimiento de nuevas especialidades jurídicas sustantivas y procesales ante la necesidad de conocer y comprender las nuevas pautas del derecho, es fundamental partir de una estructura conceptual coherente, sencilla y clara, afín de lograr la eficacia a los compromisos convencionales en materia de derechos humanos cuyo eje central y protagonista es el ser humano y no las estructuras abstractas denominadas Estados, tras las cuales suelen encubrirse o arroparse auténticos delincuentes.

Así la perspectiva es que la *praxis* judicial evolucione a ser un servicio eficaz de impartición de justicia cuyo déficit es obvio y no distraerse en una serie de ritos que en muchas ocasiones ha provocado la pérdida del rumbo del proceso y la finalidad del derecho, ante la disyuntiva de las vías contra la arbitrariedad: la jurisdicción o la lucha social.²¹

19. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, pp. 216-217.

20. COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 63-64.

21. Un ejemplo claro y reciente en un país de “primer mundo” es la reacción social que generó la muerte de Freddie Gray, un joven afroamericano que falleció a manos de la policía por lesiones en su espina dorsal mientras permanecía detenido en una comisaría en Estados Unidos de Norteamérica.

Independientemente de que todo está en constante cambio, la cuestión ahora es meditar qué tan intensa es la transformación jurídica por la que transitamos o a la que aspiramos, no es que las funciones del practicante jurídico sean otras, sino la innovación incide en lo esencial: cómo pensar, razonar, argumentar y justificar las operaciones jurídicas, porque las fuentes del derecho han crecido y las nuevas tienen más fortaleza formal y material.

El sustento filosófico de que todo ser humano, sin importar su nacionalidad, cuente con un respaldo mayor, universal y regional que vigile y supervise a los regímenes nacionales ante su ineficacia institucional, pero no sólo mediante declaraciones o instrucciones, sino también implementando derechos sustantivos, procesales e instituciones convencionales con facultades de emitir decisiones vinculatorias para los Estados Parte en materia de derechos humanos es un avance significativo.

3.3.1. Derecho procesal convencional

El derecho procesal tiene como finalidad resolver controversias jurídicas mediante la aplicación o construcción del derecho a un caso concreto, requiere de procedimientos, de tribunales, de operadores jurídicos y mecanismos para hacer efectivas sus decisiones.

*El mundo de derecho procesal en todos sus niveles y campos, por esencia, naturaleza y definición, es la solución de los litigios, de los ruidos, como se decía en el castellano técnico antiguo.*²²

En una primera reflexión es factible dividir el derecho procesal convencional comunitario, de integración y de los derechos humanos.

La solución de controversias internacionales ha evolucionado del arbitraje a la creación de medios no jurisdiccionales y jurisdiccionales. Incrementando el número de cortes o tribunales convencionales de diversas competencias, inclusive, algunas con igualdad de atribuciones.

*Tradicionalmente se consideraba que la solución judicial de las controversias en el derecho internacional era insuficiente y poco desarrollada. Las vías tradicionales para el arreglo de dichas controversias eran las negociaciones diplomáticas y, excepcionalmente, el arbitraje internacional. El contexto actual de la resolución de los litigios internacionales ha cambiado radicalmente.*²³

22. SAÍD, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ Isidro M., *op. cit.*, p. 1.

23. PETROVA GEORGIEVA, Virginia, *op. cit.*, p. 6.

Además del ámbito de los derechos humanos se han creado órganos jurisdiccionales de carácter comercial y penal:

*El Tribunal penal para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal para Ruanda, la Corte Penal Internacional, el sistema de solución de las controversias de la OMC, el del TLCAN, el del Mercosur, la Corte de Justicia del Caribe, la Corte de Justicia de la Comesa, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, la Corte Especial para Sierra Leona y las jurisdicciones establecidas en el ámbito de: la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas, la Asociación Europea de Libre Comercio, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.*²⁴

Si bien el consentimiento de los Estados al reconocer la jurisdicción de órganos convencionales es esencial, no lo es al dictarse su fallo el cual es vinculante.

*Tanto en la teoría, como en la práctica de derecho internacional, la justicia internacional es cada vez más considerada como una justicia obligatoria y no consensada. El consentimiento a la justicia internacional no fue suprimido, pero su importancia para el funcionamiento de los tribunales internacionales es, en la actualidad, mucho menor. Su significado fue cambiando paulatinamente, convirtiéndolo en un “espectro muy pálido” de su expresión pasada.*²⁵

[...] debido a la globalización mundialización de los fenómenos económicos y sociales, que también alcanza al derecho, han aparecido distintos organismos jurisdiccionales supranacionales, en el ámbito regional e internacional, [los que son] encargados de interpretar y de resolver los conflictos derivados de los diversos pactos suscritos por los Estados.²⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos puede ser estructurada en dos grandes partes, una sustantiva y otra orgánica:

- a) En la parte sustantiva se fija un catálogo de derechos y libertades fundamentales, además de normas relativas a las obligaciones que asumen los Estados, la interpretación

24. *Ibidem*, pp. 11-12.

25. *Ibidem*, p. 25.

26. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional, *op. cit.*, p. 214.

de la CADH, las restricciones permitidas, la suspensión de los derechos, cláusulas sobre las obligaciones respecto de los Estados federales y deberes de los titulares de derechos.

- b) En la parte orgánica se establecen los órganos encargados de la protección y promoción de los derechos y libertades consagrados en el mismo cuerpo normativo (la CIDH y la Corte IDH) y mecanismos de control.²⁷

Los Comités existentes en el sistema de Naciones Unidas, se han establecido como órganos de vigilancia y que tienen como función básica consiste en la aplicación de los principales tratados de derechos humanos por parte de los Estados.²⁸

3.4. Convencionalización del derecho

Se entiende que la convencionalización del derecho es el proceso en el cual el derecho de un Estado, como sistema u ordenamiento jurídico interno, tiene como fuente de inspiración, creación y de validez, a las normas externas, expresadas en convenios y tratados, que conforman un ordenamiento jurídico internacional, con efectos vinculantes, cuya finalidad es la de salvaguardar y obtener una protección efectiva de los derechos y libertades. Ello se operativiza mediante el control de convencionalidad, mediante la cual, ante un conflicto entre una norma de derecho interno y la norma internacional, prevalecerá esta última, inaplicándose la primera o, en su defecto se le dará un contenido interpretativo conforme a estas normas internacionales.²⁹

3.5. Restricciones constitucionales

Muchos países latinoamericanos han aceptado los derechos humanos de fuente convencional como parte de las constituciones o por lo menos le han dado el mismo estatus de los derechos fundamentales nacionales previstos en norma fundamental nacional, a esto se le ha denomina bloque de constitucionalidad.

27. IBÁÑEZ, Juna María, Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 33.

28. HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano, UNAM, México, 2010, p. 138.

29. CÓRDOVA CONTRERAS, Eddy A., Ocaso del Estado peruano de derecho constitucional: la convencionalización del derecho nacional. *In Crescendo*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 64-76, jun. 2017. ISSN 2307-5260. Disponible en: <<http://revistas.uladech.edu.pe/index.php/increscendo/article/view/1547/1287>>. Fecha de acceso: 26 dic. 2017 doi: <https://doi.org/10.21895/in.cres.v8i1.1547>.

En el ámbito regional americano la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes del derecho internacional, incorporándose esta últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos.³⁰

Tal es el caso de México³¹ que en el artículo 1º establece: *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

El artículo 29 de la misma norma fundamental prevé las situaciones claramente y quienes podrán restringir los derechos humanos:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

Parte de la ineficacia de los Estados de proteger los derechos humanos, se debe a interpretaciones que responden a situaciones coyunturales o soberbia política, es decir, puede

30. ALCALÁ, Humberto Nogueira, EL USO DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN EL PERIODO 2006-2010/THE USE OF INTERNATIONAL TREATY LAW OF HUMAN RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF CHILE IN THE PERIOD 2006-2010. *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 149-187.

31. México es Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 24 de marzo de 1981, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998.

estar garantizado o positivado un derecho humano en la constitución, pero no es suficiente para que sea eficaz su aplicación, pero lo peor de todo, es cuando la interpretación de los tribunales representan no sólo una violación a su propia constitución sino que trasgreden acuerdos de derechos humanos.

Por ejemplo, a partir de la resolución de la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011³² del pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación se han empezado a emitir diversos criterios jurisdiccionales contrarios al principio *pro homine previsto en la propia Constitución*, al limitar absolutamente el control de convencionalidad a las disposiciones de la Constitución, pero además si una norma constitucional regula un derecho humano de forma más restringida a las disposiciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir da menos protección, no obstante a ello se debe estar a lo previsto en las restricciones constitucionales, adicionalmente se impide cualquier ponderación entre las normas constitucionales y los instrumentos internacionales, lo cual es equivocado porque dicho proceder es contrario al objeto y fin de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

3.6. Control de convencionalidad

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional.³³

*El control de convencionalidad ha quedado definido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla.*³⁴

32. *Cfr.* Tesis 293/2011 citada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 96.

33. LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez, El control difuso de convencionalidad y su recepción en México, *Revista jurídica valenciana*, 2014, no 31, p. 79.

34. IBÁÑEZ, Juna María, Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 49.

3.7. Teoría dualista-monista

La teoría dualista, postulada por Triepel, Anzilotti, Duguit y Krabbe, plantea que el Derecho Internacional y el Derecho interno son sistemas jurídicos diferentes e independientes el uno del otro.³⁵

Kelsen afirma que esos dos ordenamientos jurídicos, como dos brazos del Derecho, no son dos sistemas jurídicos diferentes sino que son parte de un sistema jurídico único.³⁶

Para el monismo no es necesaria la “transformación” de la norma internacional en norma interna, ya que el Derecho Internacional y el Derecho interno son considerados parte de un orden jurídico único.³⁷

4. CONCLUSIONES

Es factible concluir que el convencionalismo es un relevo necesario del constitucionalismo para la protección de los derechos humanos, porque su desarrollo es superior en mucho a los parámetros nacionales que responden a interés adversos de la vigencia plena de los derechos humanos.

Que el convencionalismo de derechos humanos tiene una historia diferente al constitucionalismo moderno, tiene sus propias instituciones y normas jurídicas, que hacen necesario un estudio autónomo del derecho constitucional.

En esencia la diferencia entre el positivismo y el naturalismo es la lucha por el poder, entre quienes lo detentan y con ello tienen la posibilidad de crear las normas jurídicas y los que aspiran a no ser avasallados por esas normas, de esta forma el constitucionalismo primero positiviza el derecho iusnaturalista, pero cuando éste fue insuficiente, el derecho convencional siguió ampliando el campo de protección de los derechos humanos y posteriormente se incrustaron en las constituciones.

El origen del constitucionalismo moderno representa la lucha por la transformación de cómo se debe ejercer el poder político, con la finalidad de impedir y erradicar las formas arbitrarias y déspotas, mediante la implantación de la carta suprema denominada constitución que contiene normas de categoría superior al resto del sistema jurídico nacional, cuya característica es la de ser considerada fundamental.

35. *Ibidem*, p. 22.

36. *Ibidem*, p. 23.

37. *Ídem*.

El inicio de derecho convencional de los derechos humanos es similar al del constitucionalismo moderno, se crea para controlar los excesos del poder de los Estados en sus regímenes internos, basados en el derecho positivo imperante a mediados del Siglo XX esencialmente formalista, sin considerar contenidos.

El constitucionalismo moderno como el convencionalismo, se fincan en sus inicios en el triunfo del derecho iusnaturalista, al reconocer en ambas coyunturas como eje central el respeto a los derechos que no se encontraban politizados.

Las conexiones filosóficas entre el constitucionalismo y convencionalidad es la democracia formal como origen del gobierno, el cual emana del pueblo, la democracia sustantiva que implica el respeto de los derechos humanos.

Parte de la ineficacia de los Estados de proteger los derechos humanos, se debe a interpretaciones que responden a situaciones coyunturales o soberbia política, es decir, puede estar garantizado o positivado un derecho humano en la constitución, pero no es suficiente para que sea eficaz su aplicación, pero lo peor de todo, es cuando la interpretación de los tribunales representan no sólo una violación a su propia constitución sino que trasgreden acuerdos de derechos humanos.

CAPÍTULO XX

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REFLEXIONES INTERAMERICANAS

*Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO**

1. INTRODUCCIÓN

El grado que tenga de respeto y protección la libertad de expresión en el Estado son indicadores de la consolidación del Estado democrático. Como derecho significa la libertad que tiene cualquier individuo de expresar sus opiniones e ideas sin interferencia del poder público o de los particulares salvo las excepciones justificadas. De tal modo que la libertad de expresión es un derecho fundamental que debe ser protegida y su ejercicio estimulado por las instituciones del Estado.

En el presente capítulo estudiamos el concepto de libertad de expresión tomando como referencia textos jurídicos de la historia constitucional y de los derechos humanos, elementos conceptuales y posiciones doctrinales de la libertad de expresión en el derecho estadounidense, derivadas de interpretaciones de los principios del *common law* y resaltando la fundamentación constitucional y criterios relevantes en la materia emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que maximizan el contenido, alcance y umbral de protección de esta preciada libertad consagrada en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior es corolario para conseguir el objeto del presente capítulo y que consiste en abordar criterios interamericanos sobre la libertad de expresión, adecuación del derecho interno a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el principio de proporcionalidad como un criterio interpretativo para determinar el contenido y

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-Investigador de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx

prevalencia de la libertad de expresión en el Estado Constitucional de conformidad a los derechos humanos y los últimos postulados de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011.

2. EL CONCEPTO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como derecho natural e inalienable parece evidente que la libertad de expresión es un derecho fundamental que tienen las personas para expresar, difundir y transmitir sus pensamientos e ideas, de expresarse. Por eso también se le denomina como Libertad de expresión y de pensamiento. Y en las redacciones positivas que protegen este derecho se suele aludir a la libertad de opinión. En los antecedentes de los derechos humanos de este derecho se encuentra la formulación por la Constitución de Pensilvania de 1776: “XII. Que el pueblo tiene derecho a la libertad de expresión y a escribir y publicar sus opiniones; por tanto, la libertad de prensa no deberá ser coartada.”¹

Este derecho ha estado ligado a la libertad de prensa, la libertad de palabra y la libertad de opinión, además es un derecho que invariablemente tiene un contenido que depende de la técnica y los soportes mediante los cuales se difunden las ideas.

Es consecuente que haya sido la Constitución americana la que mediante su primera enmienda sea una de las formulaciones más importantes para la positivación de este derecho dentro de la historia constitucional.

La consagración del derecho a la libertad de expresión por la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América es consecuencia de una visión de libertad que podríamos pensar que es ambivalente, pero que cuando comentemos las dimensiones que tiene la libertad de expresión y la interpretación judicial de la Primera enmienda entenderemos el sentido de que los jueces interpretaron la libertad de expresión atendiendo a un tipo de contexto libertario dado en esa nación, porque la libertad estadounidense va a ser una consecuencia de la libertad británica de la que el constituyente americano recoge toda una tradición, aunque innovándola y decidiéndose finalmente por un tipo de liberalismo político y económico:

La libertad británica era, a un tiempo, un conjunto de derechos concretos, una característica nacional y un estado de ánimo. Tan ubicuo y proteico era aquel concepto que sus elementos

1. Véase FELDMAN Stephen M., *Free expression and democracy in America a history*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.

constituyentes (que, en épocas posteriores, se nos antojarían incongruentes entre sí) lograban coexistir entonces sin mayores problemas. La libertad británica, por ejemplo, incorporaba diversas actitudes contradictorias ante el poder político. Por una parte, el desarrollo histórico de la idea resultaba inseparable del auge del Estado nación y alcanzó su apoteosis precisamente cuando Gran Bretaña emergió como la potencia imperial más destacada del mundo.²

En este contexto se produce el caldo de cultivo para un derecho que emerge entre las libertades políticas y las civiles, porque la libertad de expresión no solo implica al manifestarse un aspecto político de participación de los asuntos y discusiones públicas si no que por ser también un derecho individual incide en la esfera íntima del pensamiento y de las palabras de las personas, esta situación la expresa muy bien Eric Foner al considerar que la tensión entre la libertad como poder para participar en los asuntos públicos y la libertad como conjunto de derechos individuales precisaban una protección de interferencia gubernamental, y para esa definición diferencia los dos lenguajes políticos que son la innovación que en el contexto angloamericano fue la realidad que se diferenció de la tradición inglesa, y que son los lenguajes propios del republicanismo y el liberalismo.³

Por otra parte la tradición francesa revolucionaria de 1789 también dejó un legado positivo en materia de libertad de expresión, recordemos que el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”. De acuerdo a esta tradición se prohíbe la censura previa, se relaciona con la libertad de opinión, se separa a la libertad de expresión del tema religioso y se establece que el ejercicio puede ser controvertido dentro de un marco legal. El artículo 11 se dedica exclusivamente para la consagración de este derecho secular aunque el artículo 10 declara el derecho a la libertad religiosa.⁴

Por consiguiente la libertad de expresión es ante todo un derecho que establece un puente entre lo más íntimo de la persona pero que tiene alcances públicos. Como ya hemos comentado la libertad de expresión es interdependiente de la libertad de pensamiento, y la expresión es la manifestación concreta de los pensamientos de la persona, como el filósofo

2. FONER, Eric, *La historia de la libertad en EE. UU.*, trad: Albino Santos Mosquera, Ediciones Península, Barcelona, 2010, pp. 50.

3. *Ibidem*, pp. 50-51.

4. RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo, *La libertad de expresión como requisito esencial para la garantía de las libertades informativas*, Editorial Fontamara, México, 2015, p. 37.

Baruch Spinoza consideró que no solo se debe pensar sino también que es lícito hablar lo que se piensa.⁵

Es un tipo de libertad mediante la cual una persona tiene derecho a que su opinión sea escuchada y a escuchar la opinión de su interlocutor sin restricciones, de expresar sus pensamientos y opiniones.⁶ Para que esta libertad pueda ser ejercida la ley les garantiza a sus titulares otros derechos que se derivan de esta libertad tales como el derecho a recibir información y el derecho de réplica o de respuesta, derecho a conocer los acuerdos de las coaliciones, derecho de asamblea. Derecho a escribir y leer libros. Derecho a ver y escribir teatro y filmes. Derecho de pensamiento. Por eso considera Aharon Barak que este derecho es una constelación de derechos encontrándose en el centro la libertad de expresión y todos los demás derechos convergen para proteger esta libertad. Constituyéndose así un sistema en el que se encuentran interrelacionados diversos arreglos para sostenerse mutuamente y que puestos en práctica consolidarán la libertad de expresión de forma integral en el sistema legal.⁷

Aharon Barak considera que la libertad de expresión comprende un complejo sistema interrelacionado de libertades y derechos, para lo cual requiere de justificaciones. Una justificación es la libertad individual de autorrealización, de formarse un punto de vista, opiniones, dar rienda suelta a su espíritu reflexivo, abarcando hasta la libertad de pensamiento. Esto también genera la creatividad de las ideas.⁸

Como segunda justificación considera Aharon Barak que la libertad tiene una dimensión para el individuo y la comunidad de iluminar la verdad mediante la libertad y la interminable lucha entre la verdad y la falsedad.⁹

Además, una tercera justificación considerada por Aharon Barak es la libertad en función de los miembros de la sociedad de intercambiar opiniones y puntos de vista en un ambiente de tolerancia, sin miedo, con respeto a la autonomía de los individuos y para persuadir a los otros solo con el objeto de fortalecer, asegurar y desarrollar un régimen democrático.¹⁰

5. *Ibidem.*, p. 25.

6. *Idem.*

7. BARAK, Aharon, "Freedom of expression and its limitations", *Kesher*, Tel Aviv University, No. 8, 1990, / פשר, no. 8, 1990, pp. 4e-11e. JSTOR, www.jstor.org/stable/23902900.

8. BARAK, Aharon, "Freedom of expression and its limitations", *op. cit.*, pp. 4e-11e.

9. *Idem.*

10. *Idem.*

Aharon Barak destaca tres argumentos para las justificaciones de la libertad de expresión. El primer argumento considera el deseo por revelar la verdad. La libertad de expresión debe asegurarse para habilitar diferentes perspectivas e ideas para competir con otras ideas. Derivado de esa competición y no del dictado de una verdad oficiosa debe levantarse la verdad, como se levanta la verdad en una lucha de ideas. Conforme se divulgan y se revelan las ideas, la verdad gana sobre la falsedad. Este es un tema especialmente relevante para la discusión de los asuntos públicos y la argumentación de las ideas en la esfera pública. La prueba de la verdad no depende del poder del gobierno si no del poder que tiene para persuadir.¹¹

Conforme a lo expuesto por Aharon Barak para que la prueba de la verdad pueda ser exitosa se requieren expresiones, persuasión y confrontación.¹²

El segundo argumento planteado por Aharon Barak consiste en la necesidad de facilitar autorrealización personal. La garantía de la libertad de expresión es un medio para la autorrealización de la persona. Permitir que las personas escuchen y sean escuchadas, que escriban y que lean, que se expresen por sí mismas o se mantengan en silencio, esto favorece el desarrollo de la personalidad humana y el desarrollo del intelecto y es base para que la persona se forme una concepción del mundo por sí misma y de manera libre.¹³

Esta libertad la necesita tanto el hablante como el oyente, ambos encuentran mediante su expresión los elementos para autorrealizarse, por eso es tan importante vincularla con el respecto por la dignidad de la persona, la libertad de conciencia y de religión, porque el hombre se realiza al expresarse libremente.

Y de acuerdo a Aharon Barak un tercer argumento consiste en la libertad de expresión como una condición esencial para el desarrollo de un régimen democrático. Asegurando el intercambio público de opiniones y habilitando a la población para formarse puntos de vista sobre temas de la agenda nacional o pública.¹⁴

La importancia de garantizar el derecho a la libertad de expresión radica en que es un derecho que en conjunto con los otros derechos que derivan de ella como el derecho a la información, derechos de autor, etcétera, estimulan creaciones expresivas e innovaciones en

11. BARAK, Aharon, "*Freedom of expression and its limitations*", *op. cit.*, pp. 4e-11e.

12. *Idem.*

13. *Idem.*

14. *Idem.*

sociedades tan informadas como las actuales, tanto que el término sociedad de información es usual.¹⁵

Esta libertad les permite a las personas no únicamente expresarse también constituye el marco legal y social para que tengan acceso y puedan utilizar trabajos creativos en un orden que se vea beneficiado por la creatividad, el pensamiento científico y artístico contenido en los trabajos y así los procesos creativos se acrecienten dentro de la sociedad.¹⁶

El 15 de diciembre de 1791 fue aprobado el *Bill of Rights* de la Constitución de los Estados Unidos de América consistente en 10 enmiendas, entre las cuales, la primera enmienda dispone en materia de libertad de expresión que: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.” Nótese como en esta enmienda se colocan otros derechos al nivel de protección de la libertad de expresión pues se prohíbe al congreso hacer leyes que impongan religión oficial del estado o de que coarten la libertad de culto, la libertad de imprenta, derecho de asociación y de pedir al gobierno la reparación de agravios.

Lo particular de la Primera enmienda de la Constitución del país estadounidense deriva la jurisprudencia que han desarrollado los jueces interpretando la primera enmienda. Destacan las opiniones consideradas fundacionales de la jurisprudencia en materia de libertad de expresión emitidas por el Juez Oliver Wendell Holmes. Estas opiniones fueron elaboradas mediante disensos en asuntos que siguieron a la primera guerra mundial, destacando los casos *Abrams v United States* y *Schenck v United States*. Son particulares porque mediante sus disensos desarrolló lo que en palabras de Marta Bisbal Torres es la responsabilidad derivada del ejercicio de la libertad de expresión¹⁷. Es así como se adoptó un marco para poder calificar cuando las expresiones o el discurso son perjudiciales o hacen daño lo cual conlleva al delicado tema de las restricciones o límites a la libertad de expresión.¹⁸

Esta doctrina formulada por el Juez Oliver Wendell Holmes debe entenderse a la luz de la expresión de la primera enmienda que prohíbe al congreso hacer una ley que restrinja la

15. MENDIS, Sunimal, *Copyright, the freedom of expression and the right to information, exploring a potential public interest exception to copyright in Europe*, MIPLC Studies, Nomos, Munich, 2011, p. 20.

16. MENDIS, Sunimal, *op. cit.*, p. 20.

17. En inglés External standard of liability. TORRES, Marta Bisbal, “El «mercado libre de las ideas» de O. W. HOLMES”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, no. 81, 2007, pp. 183–208.

18. NOVICK, Sheldon M., “The unrevised Holmes and freedom of expression”, *The Supreme Court Review*, vol. 1991, 1991, 303–390. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3109605.

libertad de palabra y de imprenta. Esta expresión que en inglés se lee como “*Make no law*” y de cuya interpretación depende la clase o el discurso que tiene protección constitucional y que significa como menciona uno de los periodistas más estudiosos sobre la libertad de expresión Anthony Lewis que los Americanos deben ser libres de decir o publicar lo que sea sin miedo de que una ley los penalice.¹⁹

Holmes considera que las expresiones pueden ser sujetas a responsabilidad y constituir un daño, en el caso del contexto norteamericano de acuerdo a principios generales.²⁰ Lo anterior coincide con la aseveración de Sheldon Novick de que durante su servicio en la Corte, Holmes era cercano a la tradición que usualmente entendía que las garantías amplias para la libertad de expresión reconocidas en la Constitución significaban principios fundamentales derivados del *Common Law* eran materia de tradicionales limitaciones.²¹

A grandes rasgos la teoría de responsabilidad jurídica que aplicó Holmes se basa en el concepto de la libertad negativa, de acuerdo a Marta Bisbal Torres: “En este sentido, Holmes definió la libertad de expresión negativamente, es decir excluyendo de ella los mensajes que eran susceptibles de provocar responsabilidad. Por tanto, era libertad de expresión lo que quedaba fuera de su prueba, lo que no encajaba en sus categorías tradicionales de responsabilidad”.²²

A grandes rasgos, H.L. Pohlman resalta que el enfoque subyacente de Holmes sobre la responsabilidad jurídica por las expresiones (external standard) y que tiene valor hasta ahora consiste en que el discurso es multifacético. Quiere decir que algunos discursos son buenos, otros son indiferentes y otros son afirmativamente malos. Por consiguiente no existe un solo conjunto de criterios que puedan responder todas las cuestiones sobre responsabilidad.²³ Nótese que en la jurisprudencia y doctrina estadounidense sobre la que estamos comentando el concepto jurídico para referirse a una restricción a la libertad de expresión es responsabilidad y no a limitaciones impuestas por ley. Es decir que allí la posible responsabilidad recaería sobre el discurso ya formulado porque su cultura tiende a favorecer de antemano la libre expresión de las ideas, de allí la importancia de acortar las limitaciones impuestas por ley.

19. LEWIS, Anthony, *Make no law; The Sullivan case and the first amendment*, Vintage Books, 1992, p. 47.

20. COLLINS, Ronald K.L., ed., *The fundamental Holmes a free speech chronicle and reader*, Cambridge University Press, United States of America, 2010, p. 106.

21. NOVICK, Sheldon M., “The unrevised Holmes and freedom of expression”, *op. cit.*, pp. 303–390.

22. TORRES, Marta Bisbal, “El «mercado libre de las ideas» de O. W. HOLMES.”, *op. cit.*, pp. 183–208.

23. POHLMAN, H.L., *Justice Oliver Wendell Holmes Free speech and the living constitution*, New York University Press, United States of America, 1991, p. 258.

Holmes dividió el discurso en discurso perjudicial que estaba sujeto a responsabilidad de acuerdo a su estándar externo o defensa de una acción ilegal que requiere un intento ilegal y una proximidad al daño.²⁴

Además de la importancia de los límites, restricciones y responsabilidades jurídicas que pudieran derivar del ejercicio de la libertad de expresión, en la actualidad, por lo que respecta al derecho comparado, el derecho a la libertad de expresión ha sido protegido mediante diversos instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Declaraciones como la Declaración Universal sobre Derechos Humanos. Lo que da cuenta de que este derecho es inherente para todas las culturas y de su universalismo y de la importancia de proteger a la persona en el ejercicio de sus expresiones, aun cuando todas las normas de derecho positivo consideren la existencia de limitaciones legales.

Desde tiempos inmemoriales el hombre ha tenido la necesidad y también la satisfacción de expresarse. La expresión es diversa, se usa la palabra, imágenes, medios físicos, la relación que tiene la expresión con el pensamiento es natural, por eso es consistente que a lo largo de la evolución de los derechos humanos la libertad de expresión sea un derecho cuya interdependencia de otros derechos como la libertad de pensamiento, libertad de prensa, libertad de imprenta, tolerancia religiosa es más que evidente, la libertad de expresión también se traduce como libertad de palabra, también se entendería como libertad de discurso. Además la forma como este derecho evoluciona a la par del ser humano ha desembocado en el reconocimiento de derechos humanos más complejos como el acceso a la información, la protección de datos personales y las obligaciones de transparencia de las autoridades.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

La libertad de expresión nace y evoluciona como consecuencia del intercambio de ideas, opiniones e informaciones entre los hombres, lo que hace posible que el ser humano se desarrolle y progrese²⁵. En el transcurso del tiempo la necesidad que tienen las personas de comunicarse entre sí es lo que permite que cada sujeto pueda aprovechar para sí mismo lo que aporta la inteligencia, la experiencia y el conocimiento de las personas. Por tanto, la comunicación es fundamental para el florecimiento de la sociedad en su conjunto y de cada

24. POHLMAN, H.L., *op. cit.*, p. 258.

25. Las libertades de expresión y de información tienen un importante rol en el funcionamiento de los Estados democráticos que hacen necesaria una adecuada regulación jurídica para estas libertades, toda vez que la ausencia de un marco normativo en materia de información implica un desconocimiento en la sociedad en la que vivimos.

persona en lo particular. Este proceso comunicativo que han sostenido los seres humanos en el curso del tiempo es lo que ha permitido el desarrollo integral de la persona y de la sociedad; así como también el enriquecimiento cultural, artístico, social y político en todos los aspectos de la sociedad. En definitiva, la libertad de expresión es el cimiento de la educación, la ciencia, el arte, la cultura y la información. Sin ella no sería posible la cooperación entre individuos, grupos o naciones. Sin dialogo permanente entre los hombres no existe progreso alguno

En este aspecto, la libertad de expresión tiene un estrecho vínculo con los valores sociales y culturales de la sociedad, y en la medida en que se reconoce y fomenta una pluralidad de valores es inevitable que aparezcan diversos puntos de vista, así como nuevos conceptos y teorías que la expliquen científicamente,²⁶ porque la sociedad de la información requiere de datos verificables.

Así pues, considero que la libertad de expresión se ha fortalecido en el transcurso del tiempo, lo que le ha permitido ser el antecedente de otras libertades: de reunión de petición y de información. Sin estas no habría sufragio universal ni partidos políticos, mucho menos estados democráticos. La libertad de expresión hizo posible la transición de gobiernos de corte autoritario, que tienen su apoyo en reducidos sectores de la población, a los gobiernos de democracia constitucional que tienen el apoyo de enormes capas de la población. Pensamos, que a partir de ahí se puede comprender de mejor manera a la libertad de expresión, en efecto, la libertad de expresión como ya hemos abordado en la primera sección de este capítulo nace formando parte del credo liberal e individualista, enfrentado al poder público que castigaba todo tipo de juicio crítico. Pues bien, la libertad de expresión se encuentra basada en una cierta desconfianza por el poder público. Esta circunstancia, es decisiva para considerar que la libertad de expresión goza de un rango preferente entre los derechos humanos y fundamentales, pues la libertad de expresión nos brinda la posibilidad de trascender en la acción continua del dialogo entre los hombres.

El constante intercambio de ideas y opiniones que estimula la libertad de expresión debe tener como fin principal el enriquecimiento del espíritu crítico. Que a su vez es el que alumbrá las sociedades en medio de las tinieblas en las que navega siempre la historia.

26. Aquí tocamos un rasgo importante de las libertades informativas de lo que en realidad debe de suceder con este tipo de derechos: "hay que empezar por el grupo de derechos fundamentales que (como el de la libertad de opinión y expresión, el de asociación y de reunión, el de libertad de prensa, etc.) garantizan una publicidad políticamente activa; hay que comenzar por ellos, decíamos, para demostrar que los derechos fundamentales no son ya meramente negativos en la configuración fáctica de la publicidad estructuralmente transformada, sino que hay que interpretarlos positivamente como garantías de participación si se quiere que cumplan, con sentido su función originaria". HABERMAS, J, *Historia crítica de la opinión pública*, trad: Antonio Domènech, 9a ed., Barcelona, 2006, p. 252.

La libertad de expresión es un invento de gran valor para la sociedad pues una vez que se consagra en los ordenamientos jurídicos queda garantizada la expresión libre de las ideas; así como también las que atacan al *statu quo* en vigor. En el momento en que el poder público se propone limitar la libertad de expresión es con la finalidad de defender el orden establecido frente a los cuestionadores de este.

Resulta más que evidente que nunca ha existido una etapa de plena consolidación en toda su forma de la libertad de expresión, tanto en su forma práctica como de respeto, esto conlleva la apreciación de que toda persona debe tener el poder de manifestar sus ideas con libertad, el problema es que esto es una realidad que se da actualmente aunque todavía con muchas dificultades como se constata a través de toda la problemática que vive el gremio periodístico en materia de seguridad. Para Joaquín Urías: "... La libertad de expresión no ha sido nunca una libertad del individuo que habla, sino una garantía de que el debate público sea rico y eficaz para gestionar en común la sociedad"²⁷.

Una primera cuestión a analizar de lo hasta aquí expuesto consiste en preguntarnos cuanta cantidad de libertad de expresión se requiere para que funcione correctamente la democracia y en su caso que límites se le deben imponer a la libertad de expresión. Sin duda podemos señalar lo necesario de impulsar el pluralismo ideológico sin el cual no puede funcionar la democracia y la libertad de expresión quedaría muy restringida en perjuicio de sus titulares.

La libertad de expresión es el baluarte de la democracia, y este importante derecho humano se puede ver que nace previo a las constituciones, pues es connatural al ser humano, es mediante a la expresión comunicativa que va progresando el ser humano, posteriormente con la formación de los Estados en su forma institucional se aprecia en toda su forma la importancia que tiene este derecho y es así que la Constitución los identifica, da forma por ende los reconoce y protege para que puedan desarrollarse en toda su forma y contenido, es sin duda la libertad de expresión lo que posibilita con el paso del tiempo todo un desarrollo de las instituciones.

En México a raíz de la trascendente reforma constitucional de derechos humanos de 2011, que entre otras cosas se caracterizó por el fuerte impacto que tuvo en el fortalecimiento de los derechos humanos, entre los que ocupa sin duda desde siempre un lugar de honor la libertad de expresión. En los instrumentos internacionales a la libertad de expresión se le reconoce como un derecho humano y desde en el ámbito internacional se le otorga también

27. URÍAS, Joaquín, *Libertad de expresión una inmersión rápida*, Barcelona, Tibidabo Ed, 2019 p. 13.

un empoderamiento normativo que resulta ser vinculante para los Estados partes del pacto y por esa sola razón comprometidos con la práctica democrática y el fortalecimiento de esta. Es una realidad que el movimiento por los derechos humanos ha posibilitado todo este desarrollo textual internacional que no tiene otra finalidad que la de fortalecer la democracia por medio de múltiples compromisos que se establecen en los tratados, no obstante estos acuerdos tienen una textura amplia, para que así los Estados en su propia esfera de competencia se encarguen de ir perfilando perfiles normativos específicos sobre la libertad de expresión acorde a sus propias circunstancias, pero con la salvedad de tomar en consideración ciertos mínimos de fortalecimiento que ya le marcan los tratados como obligatorios a respetar y considerar dentro de los ordenamientos jurídicos estatales, lo que va permitir el progreso de la expresión con mayor orden y libertad que estará fuertemente asegurado por la constitución de los Estados constitucionales y por ende con apertura de visión y no el legalismo jurídico que limita de cierta forma la apertura a ciertas reflexiones interpretativas que se anclan en la Constitución y los Tratados internacionales.

En lo que respecta a nuestro marco constitucional, la libertad de expresión se encuentra regulada particularmente en el artículo 6 de la Constitución con la finalidad de garantizar con solvencia la circulación de ideas con miras de apoyar a la edificación de una democracia participativa y deliberativa, al respecto resulta interesante la siguiente tesis aislada:

Libertades de expresión e información. Los medios de comunicación de masas juegan un papel esencial en el despliegue de su función colectiva. La libertad de prensa es una piedra angular en el despliegue de la vertiente social o colectiva de las libertades de expresión e información. Los medios de comunicación social se cuentan entre los forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales y es indispensable que tengan aseguradas las condiciones para incorporar y difundir las más diversas informaciones y opiniones. Ello hace necesario, específicamente, garantizar a los periodistas el goce de condiciones adecuadas para desempeñar su trabajo. Como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad” (caso *Ivcher Bronstein v. Perú*, párr. 150). El ejercicio efectivo de las libertades de expresión e información demanda la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan, y puede verse injustamente restringido por actos normativos o administrativos de los poderes públicos o por condiciones fácticas que coloquen en situación de riesgo o vulnerabilidad a quienes la ejerzan. Uno de los medios por los cuales se limita más poderosamente la circulación de la información y el debate público es la exigencia de

responsabilidades civiles o penales a los periodistas, por actos propios o ajenos. La Corte Interamericana, siguiendo en este punto al Tribunal de Estrasburgo, lo ha subrayado también sin ambigüedad: “castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público” (caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, párr. 134).²⁸

En este contexto la Suprema Corte de justicia de la Nación se ha pronunciado por enfatizar el debate libre de ideas, por lo que el límite a la crítica es más amplio cuando estamos en presencia de personas que se dedican a la vida pública, y por ende por su incrustación y rol que desempeñan en una sociedad democrática, pues su propia inspiración en los valores democráticos no se puede disociar la crítica del cargo público, lo que importa es que por medio de la libertad de expresión se fomente el debate robusto de ideas.

Es importante destacar la complejidad que representa para los juzgadores cuando se está frente a casos de libertad de expresión de establecer con claridad la diferencia entre personas públicas o privadas. Esta es una cuestión de singular importancia, toda vez, que en razón de su investidura pública o no de la persona que ha sufrido una afectación por medio de alguna expresión, se analizará si es procedente alguna restricción con el objetivo de salvaguardar otros derechos como el derecho a la privacidad, y esta limitación depende fundamentalmente del estatus de la persona involucrada. En efecto nunca será lo mismo cuando la violación sea reclamada por un particular, y ese reclamo consista en la violación del derecho al honor por parte de un medio de comunicación, muy diferente será en la misma situación cuando esa misma violación sea reclamada por un funcionario público. En este sentido, el carácter público o privado se observa en función de la actividad que desempeña, la importancia de la función que desempeña es determinante para ver si estamos en presencia de una actividad pública o privada.

En el caso de los altos servidores públicos en funciones es claro que tendrán un umbral disminuido en cuanto al derecho al honor, pues de lo que se trata es de fomentar el dinamismo del debate público, aquí se puede ver un ejercicio de ponderación de derechos entre la libertad de expresión y el derecho al honor donde se ponderará el interés jurídico de dos titulares de la libertad de expresión. Resulta claro y transparente que del interés público radica la eventual limitación de la difusión de ideas y opiniones.

28. Tesis: 1a. CCXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 2009, tomo XXX, pág. 288. Novena Época, registro 165758.

En relación a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han encargado de sostener con fuerza que no existen derechos fundamentales con categoría de absolutos y, por tanto, no se podría señalar que existan unos derechos con mayor jerarquía que otros. Esto se puede comprender, en la medida en que los derechos fundamentales están integrados por principios los cuales no pueden ser derrotados por otros principios. En todo caso cada situación deber ser ponderada y reflexionada para establecer si un principio, en una situación concreta debe prevalecer sobre otro.

En este caso, se debe tener de manera muy presente que la naturaleza de los principios es que estos son mandatos de optimización y no como reglas de carácter normativo, esto es muy importante tenerlo en consideración máxime si visualizamos la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 que establece el control difuso de convencionalidad que permite el establecimiento de un dialogo constitucional entre cortes y la creación de un bloque de constitucionalidad, lo que implica una nueva regularidad constitucional y margen de apreciación renovado en materia de derechos humanos.

Para Alexandra Sandoval Mantilla estamos sin duda experimentando toda una revolución en materia de derechos humanos a raíz de 2011 que tiene por finalidad principal impulsar la máxima protección para la persona, lo cual se puede acreditar con los múltiples y novedosos criterios de jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la cual se nutre la justicia federal vía el dialogo jurisprudencial que se fortalece con el bloque de constitucionalidad:

El sistema interamericano de derechos humanos y especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es bien conocida por ser una Corte activista con respecto a la protección de los derechos humanos. Esto en virtud de los altos estándares que la Corte ha desarrollado por medio de su jurisprudencia, tanto con respecto a las obligaciones que deben cumplir los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, como a las indemnizaciones que deben ser cubiertas posteriormente²⁹, es decir las medidas de reparación que a fin de cuentas son los indicadores que conciernen al debido cumplimiento de los Estados partes de las Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se puede decir que todos estos nuevos cambios que experimenta el ordenamiento jurídico mexicano a consecuencia de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos

29. SANDOVAL MANTILLA, Alexandra, *Usos conceptuales del margen de apreciación en casos de libertad de expresión: estudio comparativo entre la Corte IDH y el TEDH*, México, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2018, p. 1.

humanos tienen como corolario que nuestra Constitución, y particularmente para el caso que nos ocupa el artículo 6 de la Constitución tengan una lectura moral. Y la lectura moral en la Constitución consiste en el espíritu de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos que viene a implicar una moralidad del derecho a través de principios y valores, los cuales hacen que el derecho adquiera un carácter dúctil que permite mayores parámetros argumentativos en la interpretación constitucional que cobra renovados márgenes de apreciación a través de los principios que contempla el artículo 1 de la Constitución entre los que podemos destacar primeramente el principio pro persona que implica que los juzgadores aporten una visión lo más amplia posible en materia de protección de derechos humanos, y en todo caso la visión restrictiva deberá ser de las atribuciones que le confieren poderes a los órganos del Estado.

La moralidad política ocupa un lugar principal en la lectura moral de la constitución, es el centro toral del corazón de la Constitución. La moralidad política al estar revestida de principios y valores cuyo objetivo es optimizar la interpretación de derechos humanos de la forma más extensiva que sea posible en beneficio de la persona también tiene como consecuencia que puede ser incierta y discutible por el carácter controvertido que pueda llegar a tener.

Las distintas manifestaciones o formas de entender el Derecho a partir de 2011 para los operadores jurídicos, los individuos y la sociedad civil presentan, un sustrato común, que es justamente el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, que es también el de la interpretación constitucional que otorga a los jueces la potestad de realizar un fuerte activismo judicial el que en ocasiones puede implicar una imposición de convicciones morales del juzgador, pero en todo caso con las salvedades que se pueda ver en este nuevo paradigma siempre será mejor la visión de apertura que parte del valor supremo con el que se distingue a la constitución del legalismo de las reglas³⁰, al respecto Luis Prieto Sanchis:

En el marco del constitucionalismo de los derechos, la constitución no se concibe en absoluto como un ejercicio de retórica política o como expresión de un catálogo de buenas intenciones, sino como una norma jurídica con la misma vocación conformadora que cualquier otra; mejor dicho, no con la misma, sino con una fuerza superior e indiscutible, pues la Constitución ostenta la condición de norma suprema. (...) el Estado (neo)

30 Ver: DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades: la lectura moral de la constitución*, trad: L. Lucía León Pacheco, Lima, Palestra, 2019.

Véase también: NIETO, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Los límites del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.

constitucional³¹ postula la fuerza normativa de la constitución, concebida metafóricamente (pero con indudable trascendencia práctica).

No hay duda que estamos viviendo el tiempo de la constitucionalización del derecho que entre otras cosas se caracteriza por impulsar una interpretación extensiva en materia de derechos humanos, donde se observa muy destacadamente el activismo de los jueces, todo esto marcha en sentido contrario a la visión del Estado legislativo de corte legalista formalista que tiene como punto de referencia al positivismo decimonónico.

4. PARÁMETROS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido jurisprudencia que es útil para la conformación de lo que denominaremos en este capítulo como parámetros de la libertad de expresión. El artículo 13 contiene el fundamento de derecho positivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Por lo que en los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieren en su conjunto ambas libertades.

La Corte ha sostenido como alcance general de la libertad de expresión la expresión del pensamiento propio, además de las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de cualquier índole. Considera que la libertad de expresión comprende un contenido dual: individual y social. Entiende por contenido individual: “el derecho a emitir la información” y por social: “el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.”³²

Es muy notorio que la Corte les conceda a los dos contenidos que también más adelante denomina dimensiones, igual valor: “Ambos aspectos poseen igual importancia y deben ser garantizados plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.”³³ Y confirma: “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente”.³⁴

31 PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2017, p. 25.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Doble dimensión. Alcance general.” en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, pp. 335-336.

33. *Idem*.

34. *Idem*.

¿Cómo se garantizan simultáneamente estas dos dimensiones?, pues es allí donde cumple su función este criterio para ser utilizado como parámetro por los operadores jurídicos, la Corte establece así un criterio muy interesante que consiste en el estándar de la ilicitud de la información y las condiciones para la censura previa. Es decir que no se puede coartar la dimensión individual de emitir la información estableciendo un régimen de censura previa alegando que es superior el derecho de la sociedad de recibir información veraz y que funcionaría eliminando de antemano las informaciones consideradas falsas, considerando el examen o test de veracidad desarrollado por un censor.³⁵

En cuanto a la segunda dimensión esta ya se despliega como una consecuencia de la primera libertad. No olvidemos que la libertad de expresión desarrolla una relación comunicativa y de expresión entre el hablante y su interlocutor, el informante y la audiencia, porque la expresión es un intercambio, así la Corte considera que además de un control del uso de la censura previa que funciona como garantía para la dimensión individual; la segunda dimensión social se ve asegurada evitando la constitución de monopolios públicos o privados de medios de comunicación que tengan por objeto formar un criterio unilateral de opinión pública.³⁶ Pues como mencionamos en el capítulo sobre el concepto de la libertad de expresión evidentemente la libertad de expresión fue ideada para el pluralismo y su intención nunca ha sido formar una opinión pública única, sino convencer mediante argumentos ofreciendo todas las ideas posibles.

La libertad de derecho es un derecho efectivo cuando protege derechos, intereses, instituciones y libertades, por lo anterior, ¿qué protege específicamente la libertad de expresión? A continuación mencionaremos algunos de los criterios más recurrentes de protección que pueden ser utilizados como parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La libertad de derecho debe asegurar el intercambio de opiniones, ideas y noticias entre las personas. Así lo estima la Corte mediante el criterio Libertad de expresión. Comprende el derecho a conocer opiniones y noticias de terceros. Esto significa que tiene tanta importancia expresar nuestro pensamiento y expresiones como conocer el pensamiento, las expresiones e informaciones de los demás, es decir de escuchar las opiniones de otros: “Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”³⁷

35. *Idem.*

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Doble dimensión. Alcance general.”, *op. cit.*, pp. 335-336.

37. *Idem.*

Sin embargo como hemos mencionado la libertad de expresión no es solamente utilizada por el individuo y como es un derecho interdependiente de otros como la imprenta, la prensa, los medios de comunicación son un elemento esencial para la difusión de las ideas y expresiones, por eso es importante el siguiente criterio de la Corte respecto de la protección de expresiones de particulares y de personas públicas.³⁸ Esta protección conlleva el establecimiento de un régimen de limitaciones cuando las expresiones provengan de particulares o de personas públicas, el tratamiento por supuesto no puede ser el mismo y vemos como la limitación del derecho incide directamente en la valoración del concepto mismo de libertad de expresión y de sus alcances.

Como el individuo de alguna manera se encuentra en desventaja ante el poder público, es lógico que el umbral de protección de la libertad de expresión sea tendiente a proteger al menos aventajado, de modo que en seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los funcionarios públicos al decidir ejercer un cargo público deciden incorporarse a la vida pública y esto hace que su esfera privada disminuya por ende se encuentran expuestos a una crítica más amplia y este escrutinio es sano para el debate democrático según lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.”³⁹

La Corte Interamericana va más lejos en la protección de las expresiones de opiniones chocantes que tengan que ver con todo lo que se denomine esfera o actividad del ámbito estatal, hasta considerar mediante un test de proporcionalidad a las opiniones y expresiones controvertidas que gozan de mayor protección son las expresiones vertidas por ciudadanos sobre el ejercicio de las funciones públicas y también lo fundamenta en que proteger esas expresiones y sus hablantes deriva de un necesario control democrático: “Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.” La proporcionalidad

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Alcance de su protección. Distinción entre particulares y personas públicas”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, pp. 341-342.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección amplia. Crítica de funcionarios públicos”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, pp. 342-343.

debe ser usada en beneficio de las expresiones de los ciudadanos que afectan el umbral de protección que tienen las instituciones del Estado como Persona Moral: “Ello es así porque se asume que en una sociedad democrática las instituciones o entidades del Estado como tales están expuestas al escrutinio y la crítica del público, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público.”⁴⁰ Este criterio que concede más tolerancia a las afirmaciones y apreciaciones de los ciudadanos como se decidió en el Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, respecto de la controversia del General Retirado Francisco Usón Ramírez quien fue condenado y juzgado por el delito de injuria y a quien se le lesionó además el derecho al debido proceso, en razón de que expresó apreciaciones en temas que reflejaban un interés público sobre los hechos sucedidos en el Fuerte Mara, dependencia de las Fuerzas Armadas, sin tomar en cuenta que la Convención Americana exige como requisito mayor tolerancia a las expresiones de los ciudadanos porque estas contribuyen al control democrático.⁴¹

Las exigencias del Estado democrático y de la libertad de expresión conllevan a que la crítica de los funcionarios públicos por parte de los ciudadanos goce de una protección más amplia, porque se protegen “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores”, lo cual tiene alcances en materia de limitación del derecho a la honra de los funcionarios públicos protegiendo por ende las expresiones inofensivas emitidas, y también las recibidas por los destinatarios de esas expresiones, las expresiones chocantes, irritantes o inquietantes para los funcionarios públicos o para otros sectores relevantes de la población. Se les concede mayor protección a estas expresiones emitidas por particulares o por la prensa, porque la Corte Considera que fomentan el debate público y el control democrático ya que son demandas del pluralismo y son exigencias de interés público, esto es particularmente importante porque se está afirmando por vía judicial y vinculante que a todas las expresiones que se encuentren protegidas bajo ese parámetro de crítica a los funcionarios públicos les corresponde un diferente umbral de protección respecto del que tiene un funcionario público y que es menor que el de las expresiones de un particular a las que se les está concediendo valor de interés público.⁴²

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección amplia. Opiniones relacionadas con las instituciones del Estado”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, pp. 343-344.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección amplia. Opiniones relacionadas con las instituciones del Estado”, *op. cit.*, pp. 343-344.

42. *Idem*.

La libertad de expresión también debe utilizarse para proteger a los periodistas y garantizar su independencia. De forma general el Derecho siempre es un instrumento que está regulando relaciones humanas e interpersonales que derivan de los hechos que el ser humano por su condición humana en el mundo es titular. Ahora bien hemos querido ir manifestando aspectos esenciales de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pueden ser utilizados como parámetros por los operadores jurídicos para proteger la libertad de expresión de las personas o cuando sea utilizada colectivamente hablando, pero el lector podrá observar una línea discursiva, y es que esa protección debe ser justa pero también tomando una valoración orientada cuando sea necesario para proteger a quien se encuentre en desventaja o cuya expresión sea más importante de proteger, e invariablemente como un derecho individual puesto que la persona siempre tiene en el Derecho un lugar preeminente; porque necesitas proteger a la persona para que el derecho tenga sentido. Es por eso que planteamos estas consideraciones como un proemio sobre la importancia de la protección del ejercicio periodístico glosando el criterio emitido por conducto de los juzgadores de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Insistimos en que de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la protección de los periodistas es fundamental para mantener informada a la sociedad, para la libertad de sus miembros y el fortalecimiento del debate público. Lo anterior se logra protegiendo a los periodistas que laboren en los medios de protección y respetando su independencia en su trabajo.⁴³ También se les protege garantizando el ejercicio libre a la profesión y no imponiendo restricciones para usar los medios de comunicación y a expresarse y difundir sus expresiones, informaciones y comunicaciones sin restricción alguna como la de tener una carrera universitaria o la colegiación obligatoria. Ciertamente que si analizamos los orígenes de los derechos políticos y civiles como la libertad de expresión ha existido siempre la intención de limitar el ejercicio de ciertas libertades como el derecho al voto considerando que su ejercicio se supedita a una minoría considerada como la más calificada para ejercer esa libertad y tomar las decisiones por otros, pero lo anterior es contrario a las ideas republicanas y al principio democrático⁴⁴; y por ende al fundamento de las ideas modernas de soberanía que es la voluntad popular respaldada por un contrato social y ese contrato social no puede excluir *a priori* a una persona descartando a una persona porque le ésta limitando claramente un derecho inherente y natural a expresarse y convencer y además está limitando a otros

43. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección e independencia de periodistas”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, pp. 352-353.

44. FONER, Eric, *La historia de la libertad en EE.UU.* op. cit., p. 54.

de escucharlo: “Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.”⁴⁵

En definitiva nos interesa el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión en función de las personas. El acceso de las personas recluidas y para los pueblos indígenas a la libertad de expresión como muestra de lo importante que es garantizarlo para todos y de universalizarlo. Por lo que concierne a la protección de la libertad de expresión de las personas recluidas: “La Corte considera que la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir; la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan”.⁴⁶

Tras siglos de conflictos interculturales las reivindicaciones históricas para el legado de los pueblos indígenas también son dignas de protección, como muestra de ello queremos abordar un criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión, identidad cultural y pueblos indígenas, según el cual considera que “La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.”⁴⁷ Así la Corte determina que los Estados deben tomar en cuenta aquellos datos que distinguen a los pueblos indígenas de la población en general. Mismos que integran su identidad cultural y como lo señalamos uno de estos datos es la lengua la cual sirve para la expresión de la diversidad y de la identidad cultural.

La Corte ha decidido que el alcance de protección de la libertad de expresión comprende a los medios de difusión. Como mencionamos esta libertad es de las más interrelacionadas con los medios de comunicación creados por el hombre para expresarse, está más que unida

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Colegiación obligatoria de periodistas. Inconvencionalidad”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, p. 353.

46. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Personas recluidas.”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, p. 353-354.

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Identidad cultural. Pueblos indígenas”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, p. 354.

a la técnica y a los medios que el ser humano ha creado e inventado, es un derecho con expresión concreta. Los medios de difusión consisten en eso en los soportes, los materiales y los recursos mediante los cuales se difunden las expresiones, informaciones, como ideas y como mensajes. Por eso la Corte nuevamente interpretando las dos dimensiones individual y social de la libertad de expresión; del derecho del individuo a expresarse y del derecho colectivo de recibir informaciones y conocer el pensamiento ajeno,⁴⁸ y recordando que la primera dimensión individual es ese acto de hablar y de expresar las ideas propias o del grupo recuerda que esta dimensión también conlleva⁴⁹ “el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlos llegar al mayor número de destinatarios.”⁵⁰

En este punto nos referiremos al derecho a la libertad de expresión y su relación con la protección del derecho de acceso a la información. La Corte estimó en la sentencia del 19 de septiembre del 2006 dentro del caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, que el artículo 13 establece de forma expresa que toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole y que ese derecho puede ser ejercido ante informaciones que sean propiedad del Estado puesto que el punto 3 del artículo 13 determina que no se pueden imponer restricciones al derecho a la expresión por vías o medios indirectos mismos que en este caso serían controles oficiales. De acuerdo a estas ideas, la Corte argumenta: “Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.”⁵¹

Es consistente la interpretación de que incluso cuando se trata de otorgar o restringir el acceso a la información, la proporcionalidad debe operar en favor de la persona. La Corte confirma que el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión admite

48. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Comprende el derecho a conocer opiniones y noticias de terceros”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, p. 338.

49. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Comprende la protección de los medios de difusión”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012, p. 337.

50. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 2 de julio de 2004.

51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

restricciones.⁵² A saber según el criterio de la Corte, las restricciones deben ser establecidas por ley para no dejar espacios al arbitrio del poder público; para cumplir un objetivo permitido por la Convención americana, como los establecidos en el artículo 13.2 de la Convención y restricciones justificadas por la satisfacción de un interés público imperativo, transcribimos textualmente:

Las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.⁵³

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 2 el deber de los Estados de adecuación del derecho interno a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por medio del caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile” el Tribunal Interamericano decidió que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege la libertad de pensamiento y de expresión, el Estado tiene la obligación de modificar su ordenamiento jurídico para eliminar la censura previa y permitir la exhibición cinematográfica y publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, por las obligaciones de respeto a la libertad de expresión y para que toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado chileno pueda tener garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁵⁴

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del mismo caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile” considera que Chile tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas de derecho interno reguladoras de la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica con arreglo a lo dispuesto por el artículo 13 de la convención pues en relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estableciendo que no pueden imponer censura previa. Y como el Estado no había reformado el ordenamiento interno incumplió

52. *Idem*.

53. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

54. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

deberes generales convencionales, como la obligación de respetar los derechos (art. 1.1.) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2).⁵⁵

Además, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* recordó al Estado: “que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, si el ejercicio de los derechos y libertades protegidos por dicho tratado no estuviere ya garantizado, tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”⁵⁶

Al tiempo que valora los avances normativos de Chile para permitir el acceso a la información en posesión del Estado, mediante la aprobación de una Ley de Acceso a la Información Pública y la creación de un recurso judicial especial que ampara el acceso a la información pública, la Corte consideró necesario enfatizar que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención, el deber general debe propiciar la eliminación de las normas y de cualesquier práctica violatoria de las garantías reconocidas por la Constitución, y expedir normas y desarrollar prácticas aplicables para la observancia de dichas garantías:

Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados.⁵⁷

Para que los Estados puedan cumplir con el deber general de adoptar disposiciones de derecho interno debe aplicarse un plazo razonable para que el Estado corrija las imprecisiones reconocidas y pueda satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y así no pueda afectar el ejercicio de la libertad de expresión.⁵⁸ El Tribunal Interamericano mediante sentencia de 24 de noviembre de 2010 del caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil* también considera importante exhortar al Estado a que adopte las medidas legislativas,

55. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*.

56. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

57. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*.

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para fortalecer el marco normativo de acceso a la información, de conformidad con los estándares interamericanos de protección de los derechos humanos como los señalados en la presente Sentencia.⁵⁹

Finalmente en materia de adecuación del derecho interno de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, mediante sentencia de 22 de junio de 2015 determinó:

La Corte dispone que el Estado tome las medidas necesarias a fin de garantizar que todos los futuros procesos de asignación y renovación de frecuencias de radio y televisión que se lleven a cabo, sean conducidos de manera abierta, independiente y transparente. Todos estos procesos deberán conducirse sin que existan criterios discriminatorios que busquen limitar el otorgamiento de concesiones, y deberán estar encaminados a fortalecer el pluralismo informativo y el respeto a las garantías judiciales.⁶⁰

Con todo lo expuesto en este punto sobre los parámetros de la libertad de expresión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos hemos dado un repaso sobre la interpretación del máximo tribunal regional acerca del contenido, la protección y los derechos, valores e intereses y adecuación del derecho interno a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que son necesarios para la satisfacción de la libertad de expresión.

5. PROPORCIONALIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho ha cambiado mucho, sin duda ya no estamos en presencia de ese derecho de corte formalista que tanto impacto tuvo en su momento en las facultades de derecho, y que de una o de otra forma sigue entre nosotros, aunque sea con influencia menor a la que tuvo en su momento. La transformación que se dio de una visión formalista a una constitucionalista requiere nuevos operadores jurídicos que sean capaces de comprender e insertarse cabalmente en la revolución de los derechos humanos en toda su dimensión, esto implica a consideración de Rodolfo Luis Vigo:

Claramente hoy se requiere del jurista que sepa de qué hablamos cuando se habla de: principios derechos humanos, ponderación, argumentación, verdad fáctica, sistema jurídico

59. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

60. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015.

“débil”, crisis de la soberanía, discrecionalidad judicial, judicialización, equidad, dogmática jurídica, etcétera: sin embargo, sin embargo, es muy probable que los juristas más bien prefieran hablar de: normas, interpretación, dos verdades, casos fáciles, pirámide jurídica, fuentes del derecho según el Código Civil, seguridad jurídica, filosofía jurídica, etcétera⁶¹.

En ese sentido nos podemos dar cuenta que el derecho constitucional presenta una nueva realidad que se refleja de manera fundamental en su integración e interpretación a través de los métodos de interpretación conforme y pro persona que establece el artículo 1 de la constitución, ambos nos permiten hablar de principios que implican una argumentación en busca de la justicia y la verdad del caso por ende un protagonismo del poder judicial que no tenían en el Estado legalista.

Si bien es cierto que una interpretación argumentativa en base a principios y valores permite aumentar el carácter de discrecionalidad del juzgador, esto tampoco debe entenderse como una apertura hacia la arbitrariedad, pues el juzgador solo puede emplear los principios para extender la carga protectora de los derechos humanos.

Si los principios se encuentran anclados fuertemente a la constitución y tienen una carga extensiva y ponderativa, las reglas se agotan y se derrotan entre ellas mismas, por lo tanto, lo que distingue a unas de otras, es que los principios ordenan la realización de algo en sentido amplio en función de las posibilidades de tipo factico - jurídico que imperen en ese momento, en tanto las reglas o se cumplen o no se cumplen. El principio acepta matizaciones, siempre buscando la mayor optimización, la regla no.

En cuanto a los principios es claro que estos muchas veces entran en colisión con otros principios, por lo que en esos casos se requiere que sean ponderados antes de aplicarse, tan solo pensemos en el criterio de ponderación para el derecho al honor o la libertad de expresión, en estos casos ha demostrado ser muy útil para Daniel Vázquez la herramienta de

La razonabilidad y, en específico, los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad que existen, nos permiten analizar bajo qué determinadas circunstancias, en un caso concreto, un principio predomina sobre otro, se ponderan dos principios para que ambos sobrevivan, o se establecen directrices de acción para que los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de que un determinado principio efectivamente exista. Un punto central es que esta predominancia, ponderación o generación de directrices puede cambiar en un caso donde,

61. VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2015, p. 9.

pese a que se encuentren presentes los mismos principios, las circunstancias sean diferentes, el test de razonabilidad o proporcionalidad nos permite resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y, por ende, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas⁶².

El principio de proporcionalidad funciona como un criterio interpretativo para determinar el contenido y prevalencia de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, todo finalmente para darle mayor determinación y fuerza a un derecho que pese a tener una mayor inclinación hacia la justicia y la verdad, no podemos evadir que la partida de este método de interpretación del derecho parte de un sentimiento de indeterminación del derecho producto de la ductilidad que presenta el derecho, por lo que la interpretación constitucional que a través de la proporcionalidad:

...cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer que deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función solo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes⁶³.

De esta forma no queda duda de la importancia del principio de proporcionalidad como herramienta indispensable para el buen funcionamiento de las democracias de corte constitucional. En base a este criterio de interpretación se busca un adecuado equilibrio en los derechos humanos. Si bien es cierto que las restricciones constitucionales no son ajenas a este nuevo paradigma del constitucionalismo, también lo es que mediante este principio interpretativo se consigue una adecuada justificación a dicha restricción de tal forma que no se vulnere el equilibrio de derechos. En otros términos, Aharon Barak resalta cuatro caracteres en la proporcionalidad, no sin antes establecer que la proporcionalidad consiste

62. VÁSQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar: restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 22.

63. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 4ed, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 100.

en un conjunto de reglas que determinan las condiciones necesarias para que una resolución judicial sea permitida sin vulnerar la Constitución para que finalmente se tenga la posibilidad de limitar un derecho constitucionalmente protegido:

...una restricción a un derecho fundamental será permitida por la Constitución si (i) la restricción está diseñada con el objeto de lograr un fin adecuado; (ii) las medidas adoptadas para llevar a cabo la restricción se conectan de forma racional al cumplimiento de dicho fin; (iii) las medidas adoptadas son necesarias en la medida en que no existen medidas alternativas por medio de las cuales se pueda alcanzar de manera similar el mismo fin pero con un menor grado de restricción; y por último, (iv) es necesario que exista una relación adecuada (“proporcionalidad *en sentido estricto*” o “ponderación”) entre la importancia de alcanzar el fin adecuado y la importancia social de evitar la restricción al derecho fundamental⁶⁴.

Así, el principio de proporcionalidad irradia y resulta aplicable sobre la amplia gama de derechos humanos, con fundamento en el artículo 1 de la Constitución, párrafo tercero. En este sentido resulta muy orientadora la tesis de rubro: INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS, de la Primera Sala de la Corte.

De tal forma, que resulta muy necesario hacer un escrutinio riguroso de la disposición normativa objeto de controversia, haciendo uso del test de proporcionalidad, toda vez, que es un mecanismo muy eficaz que nos permite abordar de manera solvente la colisión de derechos constitucionales de forma rigurosa y objetiva.

Vale la pena poner atención en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en distintas ocasiones, ha hecho uso de este instrumento de reflexión jurídica, de lo que dan muestra las acciones de inconstitucionalidad 170/2007 y 74/2008, por lo que resulta sensato y necesario la utilización de estos mecanismos para dar claridad a cualquier situación de controversia en materia de derechos humanos, sin olvidar que toda restricción debe ser por excepción y con una sólida fundamentación, lo idóneo es ver los derechos humanos con un sentido expansivo y no restrictivo.

En una primera etapa, y tratándose en específico de la libertad de expresión debe establecerse si el acto de autoridad impugnado incide en el alcance o contenido inicial del

64. Barak, Aharon, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017, p. 25.

derecho en cuestión; es decir, se debe ver si el acto de autoridad impugnado es limitante de un derecho humano.

En esta etapa corresponde precisar cuáles son las conductas garantizadas inicialmente por el derecho. Hecho lo anterior, debe decidirse si el acto de autoridad impugnado tiene algún efecto sobre dichas conductas, lo que implica sopesar si incide en el ámbito de protección del derecho en cuestión.

Si la conclusión es negativa, el examen de proporcionalidad concluye en esta etapa, ya que el acto de autoridad estará firme conforme a la legalidad y por ende ajustado a derecho, pero en caso de ser la conclusión positiva, debe pasarse a otra etapa de estudio y reflexión. En una segunda etapa debe examinarse si existe una justificación constitucional para que el acto de autoridad reduzca la extensión de protección que inicialmente otorga un derecho fundamental, para lo que debe corroborarse lo siguiente:

- a) El acto de autoridad persiga un fin constitucionalmente válido.
- b) La medida resulte idónea para salvaguardar en alguna medida su propósito constitucional (principio de idoneidad).
- c) No existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental (**principio de necesidad**).
- d) Y el grado de realización del fin perseguido debe ser mayor al grado de afectación que pueda provocar la medida impugnada al derecho fundamental (**principio de proporcionalidad en sentido estricto**).

En este contexto, si el acto de autoridad no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada, el contenido resultante del derecho será más reducido que el que originalmente tenía atribuido. Cada una de estas etapas y principios constituye una condición necesaria y, en su conjunto, una condición suficiente del test de proporcionalidad, de forma tal que, si un acto de autoridad supera dicho test, la misma será constitucionalmente válida. En caso contrario, el acto de autoridad debe ser considerada ilegal y, por ende, deberá decretarse su nulidad.

Se invoca por su pertinencia la tesis aislada de rubro **TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE**

INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL⁶⁵ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cada una de estas etapas y principios constituye una condición necesaria y, en su conjunto, una condición suficiente del test de proporcionalidad, de forma tal que, si un acto de autoridad supera dicho test, la misma será constitucionalmente válida. En caso contrario, la intervención del acto de autoridad debe ser considerada inconstitucional y, por ende, deberá decretarse su nulidad.

No todo propósito puede justificar la limitación de los derechos fundamentales, por eso se debe poner atención en los fines que justifican la restricción de derechos que suelen ser diversos: valores, intereses, bienes o principios que el Estado con toda legitimidad persigue.

En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente pueden fundamentar la restricción constitucional en el ejercicio de otros derechos.

Sobre el particular, es orientadora la tesis aislada de rubro **PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA**⁶⁶ emitida por Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, para aclarar si el acto de autoridad impugnado es idónea o no, es preciso analizar si tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por los derechos humanos, lo que presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y grado a lograr el propósito buscado por el derecho.

En tal sentido, el acto de autoridad impugnado no resulta idóneo o adecuado para alcanzar un fin constitucionalmente válido, ya que si bien parece servir a la protección de los derechos humanos, lo cierto es que tiene un efecto negativo respecto de otros fines o principios constitucionales, como la dignidad y otros derechos humanos.

65. Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 915, Décima Época, registro 2013156.

66. Tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 902, Décima Época, registro 2013143.

En cuanto al **principio de necesidad** este implica corroborar si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado.

Lo anterior, supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas; es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto.

De encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que, a su vez, intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por la autoridad es inconstitucional.

En caso contrario, deberá pasarse a la última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.

Sirve de fundamento la tesis de rubro **TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA**⁶⁷ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto consiste en efectuar un balance o ponderación entre los principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone el acto de autoridad examinado, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta.

En esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.

La medida impugnada solo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el acto de autoridad es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional y aplicable por su contenido la tesis de rubro **CUARTA FASE DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD**

67. Tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 914, Décima Época, registro 2013154.

EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA⁶⁸ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En tal virtud, el acto de autoridad, supongamos que no resulta proporcional en sentido estricto ya que produce una afectación desproporcionada y exorbitante en los derechos humanos en cuanto a que lejos de optimizar, en la mayor medida posible, los derechos y bienes tutelados, impide el ejercicio de sus derechos fundamentales a costa de otros derechos.

Por último, se debe reiterar que en el muy concreto caso y en términos muy objetivos, la libertad de expresión solo se puede restringir en situaciones muy precisas y para casos muy concretos, pues como bien señala Ricardo Guastini cuando hablamos de derechos humanos estos solo se deben ver en sentido extensivo para beneficio de la persona⁶⁹.

6. CONCLUSIONES:

1. La libertad de expresión es un derecho humano que tiene por finalidad la expresión de ideas y opiniones sin que por ningún motivo se castiguen estas. Es la base que cimienta el buen funcionamiento del Estado democrático.
2. La libertad de expresión se fortalece en el dialogo interamericano que se da en virtud de los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos, el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los diversos operadores jurídicos nacionales.
3. El principio de proporcionalidad es una eficaz herramienta para ponderar los derechos humanos y en su caso restringirlos si es necesario, la libertad de expresión es uno de los indicadores más relevantes de la aplicación de la ponderación como herramienta hermenéutica. Y la correcta aplicación de la ponderación en decisiones sobre la libertad de expresión es también un indicador de la actividad judicial.
4. La libertad de expresión a la luz del artículo primero constitucional mexicano expande su fuerza protectora y en todo caso solo podrá restringirse en situaciones excepcionales. La interpretación de todas las disposiciones constitucionales en materias de derechos humanos debe ser extensiva, para lo cual el concepto de libertad de expresión debe

68. Tesis 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 894, Décima Época, registro 2013136.

69. GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad: Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2008.

atender al estudio jurídico de sus límites mediante las teorías de responsabilidad jurídica por las expresiones solo en los casos que sean aplicables.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017.
- BARAK, Aharon, “Freedom of expression and its limitations”, *Kesher*, Tel Aviv University, No. 8, 1990, / קשר, no. 8, 1990, pp. 4e–11e. JSTOR, www.jstor.org/stable/23902900.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 4ed, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- COLLINS, Ronald K.L., ed., *The fundamental Holmes a free speech chronicle and reader*, Cambridge University Press, United States of America, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *El derecho de las libertades: la lectura moral de la constitución*, trad: L. Lucía León Pacheco, Lima, Palestra, 2019.
- FELDMAN Stephen M., *Free expression and democracy in America a history*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.
- FONER, Eric, *La historia de la libertad en EE. UU.*, trad: Albino Santos Mosquera, Ediciones Península, Barcelona, 2010.
- GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad: Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2008.
- HABERMAS, J, *Historia crítica de la opinión pública*, trad: Antonio Domènech, 9a ed., Barcelona, 2006.
- LEWIS, Anthony, *Make no law; The Sullivan case and the first amendment*, Vintage Books, 1992.
- MENDIS, Sunimal, *Copyright, the freedom of expression and the right to information, exploring a potential public interest exception to copyright in Europe*, MIPLC Studies, Nomos, Munich, 2011.

- Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Los límites del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.
- NOVICK, Sheldon M., “The unrevised Holmes and freedom of expression”, *The Supreme Court Review*, vol. 1991, 1991, 303–390. JSTOR, www.jstor.org/stable/3109605.
- POHLMAN, H.L., Justice Oliver Wendell Holmes Free speech and the living constitution, New York University Press, United States of America, 1991.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo, *La libertad de expresión como requisito esencial para la garantía de las libertades informativas*, Editorial Fontamara, México, 2015.
- SANDOVAL MANTILLA, Alexandra, *Usos conceptuales del margen de apreciación en casos de libertad de expresión: estudio comparativo entre la Corte IDH y el TEDH*, México, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2018.
- TORRES, Marta Bisbal, “El «mercado libre de las ideas» de O. W. HOLMES”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, no. 81, 2007.
- URÍAS, Joaquín, *Libertad de expresión una inmersión rápida*, Barcelona, Tibidabo Ed, 2019.
- VÁSQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar: restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Doble dimensión. Alcance general.” en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Alcance de su protección. Distinción entre particulares y personas públicas”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección amplia. Crítica de funcionarios públicos”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección amplia. Opiniones relacionadas con las instituciones del Estado”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Protección e independencia de periodistas”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Colegiación obligatoria de periodistas. Inconvencionalidad”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Personas recluidas.”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Identidad cultural. Pueblos indígenas”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Comprende el derecho a conocer opiniones y noticias de terceros”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión. Comprende la protección de los medios de difusión”, en SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 2 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015
- Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 915, Décima Época, registro 2013156.

- Tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 902, Décima Época, registro 2013143.
- Tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 914, Décima Época, registro 2013154.
- Tesis 1a. CCLXXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, Tomo II, p. 894, Décima Época, registro 2013136.
- Tesis: 1a. CCXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 2009, tomo XXX, pág. 288. Novena Época, registro 165758.

CAPÍTULO XXI

LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE IMPEACHMENT Y SUS IMPLICACIONES PROCEDIMENTALES LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Maria Eduarda TOLEDO PENNACCHI TIBIRIÇÁ AMARAL**, *Sérgio TIBIRIÇÁ AMARAL***, *Lívia de Assis BATISTA****, *Lucas ROCHA BRAGATO*****, *Gabriel D'ARCE PINHEIRO DIB******, *Vinícius Renato FRANCO******, *Henrique Miuki KOGA FUJIKI******, *Eder de Souza OLIVEIRA JUNIOR******, *Jasminie SERRANO MARTINELLI******, *Amanda FERREIRA NUNES******, *Arthur Antonio RAIHER****** *Maria Laura BEZERRA TIVERON******

* Discente do 8º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Solicitação de Opinião Consultiva nº 26/2018. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. duda@toledoprudente.edu.br.

** Coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente); Mestre e Doutor pela ITE-Bauru; membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional e membro vogal para o Brasil. coord.direito@toledoprudente.edu.br.

*** Discente do 5º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. liviaaassis21@gmail.com.

**** Discente do 8º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Bolsista do PICT. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado e do grupo de direito Econômico e Empresarial. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo. lucas.bragato@hotmail.com.

***** Discente do 6º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudo de Direito Internacional Público e Privado; Direitos Humanos Cosmopolitismo e Internormatividade. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. gabrielarcedib@hotmail.com.

***** Discente do 4º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. vini-franco@outlook.com.

***** Estudante de Direito. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas Solicitações de Opinião Consultiva nº 4-3-21/2016 e nº 26/2018. Membro do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE - da Toledo Prudente (biênio 2018-2020). Estagiário do Ministério Público Federal. henriquefujiki@outlook.com.

***** Discente do 2º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. dr.ederjr@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio hace un abordaje despretensivo acerca del instituto de responsabilización de la autoridad política, intitulado *impeachment*, buscando entender la naturaleza jurídica de este instituto a la luz del derecho procesal constitucional y de la jurisprudencia brasileña, así como los demás precedentes americanos, buscando amparo para tanto, incluso en el derecho europeo, en razón del origen del instituto, que se dio en el siglo XVII, en Inglaterra.

Hay una divergencia doctrinal consolidada acerca de la naturaleza del proceso de *impeachment*, por lo que se hizo necesario traer diferentes doctores realizando un estudio minucioso de las tres teorías que perpetúan la divergencia. A depender de la corriente adoptada hay demasiados reflejos en el control de legalidad del proceso de *impeachment*, lo que conllevó interés en entender principalmente el límite del monitoreo del acto por el cual aleja del poder autoridad política.

En el presente trabajo se analizaron los resultados de la investigación, de este modo, restringe el control de legalidad a la admisibilidad del *impeachment* y al trámite del proceso, siendo que en ese segundo se incluye el análisis de algunas preliminares como el respeto al debido proceso legal, la amplia defensa, e incluso la dilatación probatoria, es decir, debe ser efectivamente amparado por la protección del Derecho Procesal Constitucional.

2. EL PROCESO DE IMPEACHMENT EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Antes de profundizarnos en la naturaleza jurídica y demás consetores del proceso de *impeachment*, cabe traer a la baila una conceptualización del instituto, del latín la palabra significa impedir, siendo el acto por el cual se destituye del poder la autoridad mediante un procedimiento, asignando una penalización.

***** Discente do 6º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Bolsista do Grupo de Iniciação Científica PICT de Direitos Humanos, Cosmopolitismo e Internormatividade e membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. jasmynie2205@gmail.com.

***** Discente do 6º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. amandaferreiranunes98@gmail.com.

***** Discente do 2º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. rainerart@hotmail.com.

***** Discente do 4º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. mlaurativeron@hotmail.com

El objetivo del instituto es cohibir la acción del infractor de tipo político o de responsabilidad, retirándolo del cargo y suspendiendo determinados derechos políticos a fin de alejarlo del ejercicio de la función.

Por otro lado, José Cetrella Junior, innova en la utilización del término desinvertir, haciendo referencia al poder que es invertido al individuo por el voto directo del pueblo, y que por obra de su comportamiento dudoso demanda su descalificación.

El mero entendimiento de lo que sería el *impeachment* no es suficiente, siendo necesario entender el procedimiento adecuado para la formalización de ese remedio, que impone diversos requisitos en el alejamiento de autoridad que esta perjudicando los intereses del país.

El *impeachment* fue importado a Brasil luego en la primera Constitución, en que Brasil figuraba como país independiente, en 1824, el cual se trataba de un proceso penal que pretendía castigar a ministros que cometieran traición, abuso de poder o que actuaran contra la libertad de los derechos ciudadanos, entre otras cosas. Brasil era un reino al mando de los monarcas portugueses.

Con la proclamación de la república se editó una nueva constitución, inspirada en la Carta Magna norteamericana de 1891, donde el proceso de *impeachment* poseía carácter exclusivamente político y se establecieron reglas que, en general, se aplican hasta hoy, por ejemplo; la disposición que la Cámara de Diputados iniciará el procedimiento y el Senado se encarga de dictar el juicio.

Sergio Rodas asegura que:

La principal innovación del modelo brasileño fue la exigencia de la práctica de crimen de responsabilidad para el impeachment. Por lo tanto, Brasil no tiene un proceso criminal, como Inglaterra, ni un proceso político, como los Estados Unidos, sino un proceso político-jurídico (híbrido)¹.

La razón de ser de esa clasificación traída por Sergio Ruedas, diferente de la actual argumentación de la corriente híbrida, era en razón de las penas corporales que estaban previstas en el proceso de *impeachment*, con prisión e incluso la muerte.

1. RODAS, Sérgio. Natureza dupla fragiliza eficácia do impeachment para corrigir governos. Revista Consultor Jurídico. 2016. p.2.

2.1. La clasificación del proceso de *impeachment*

El *impeachment* con carácter criminal nació en Inglaterra en el siglo XIV, él juzgaba el cargo y la autoridad que la persona tenía siendo así las penas no se limitaba a la pérdida del cargo o mandato, sino también a penas de prisión y hasta ejecución; el *impeachment* fue creado en estos términos para limitar el poder del rey (por eso llamado a veces de monárquico) para evitar que él privilegia indebidamente algunos aliados.

Las 13 colonias incluyeron el *impeachment* en la recién creada carta magna de los Estados Unidos, pero, a diferencia de Inglaterra, cambiaron la naturaleza del instituto que de criminal pasó a ser político, o sea, el objetivo no era castigar a la persona del infractor pero sí proteger el estado entonces las penas se limitaban a los cargos apenas.

Sérgio Cetrella Junior define el *impeachment* de la siguiente forma:

Impeachment es el procedimiento político de derecho público, tendiente a apartar del cargo al que cometió crímenes comunes o de responsabilidad capitulados taxativamente en la Constitución Federal o en ley especial, reguladora del Texto Constitucional².

Por lo tanto, estos son los tipos de clasificación del proceso de juicio político-jurídico que veremos en este artículo. Comenzando por el proceso político y luego el legal-político.

2.2. Naturaleza política

Hay un juicio político cuando el legislativo es competente para juzgar al Ejecutivo sin que el poder judicial examine el fondo de la cuestión, por lo que no es adecuado ningún tipo de recurso sobre el resultado final de las decisiones de los parlamentarios de que se respetan los criterios de admisibilidad y las formalidades procedimentales del procedimiento tramitar el proceso.

Cada país tiene su propia legislación como el proceso de *impeachment*, pero, incluso con particularidades, la mayoría adopta el instituto de naturaleza política.

En el caso de que se produzca un juicio en el poder judicial, el gobierno de los Estados Unidos de América, por su parte, los delitos comunes:

2. CRETELLA JUNIOR, José ,2006, Do impeachment. p.10

Entre nosotros, sin embargo, como en el derecho norteamericano y argentino, el impeachment tiene feción política, no se origina sino de causas políticas, objetiva resultados políticos, es instaurado bajo consideraciones de orden político y es juzgado según criterios políticos, juicio que no excluye, antes supone, es obvio la adopción de criterios jurídicos. Esto ocurre incluso cuando el hecho de que lo motive posea ineludible colorido penal y pueda, a su vez, someter la autoridad por él responsable a sanciones penales, éstas, sin embargo, aplicables exclusivamente por el Poder Judicial³.

José Cretella Junior también sigue la tesis de naturaleza política del *impeachment*:

El impeachment ante el derecho brasileño no tiene carácter jurisdiccional. Es sustancialmente administrativo, valiendo como una defensa de la persona jurídica de derecho público político, de existencia necesaria, contra el “improbado” administrador. Si tuviera carácter jurisdiccional, el acusado quedaría sujeto a dos procesos conflictivos, uno de competencia del Poder Legislativo, y otro, del Poder Judicial; respondería dos veces por el mismo hecho y debería soportar dos condenas (CRETELLA, 1992, p. 18).

Brasil, por lo tanto, tiene características específicas de este proceso que se ha puesto en práctica dos veces desde 1988.

2.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica comprende la característica del procedimiento en la cual las garantías del debido proceso legal deben ser respetadas, como el derecho a la amplia defensa, al contraditório y al juz natural, todos con el objeto de concretizar los derechos fundamentales. Así Cassio Bueno escribe “Os princípios constitucionais do processo são os elementos jurídicos que definem e norteiam o modo como a atividade processual deverá ser compreendida e aplicada (2012, p. 132).”

Además de el respecto al debido proceso legal, en Brasil cuando el acusado es declarado culpable en un proceso de *impeachment*, pierde todas las garantías del cargo y entonces podrá ser juzgado por la justicia común para responde por sus crímenes; pero en esa misma línea de pensamiento si él es absuelto, él no responde por tales crímenes en la justicia común, por eso el proceso no tiene sólo naturaleza política, en esa línea de pensamiento Antônio Ricittelli al citar el entendimiento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Entende Manoel Ferreira

3. BROSSARD DE SOUZA PINTO, Paulo. O impeachment, 1992, p. 75.

Filho que a absolvição do acusado pelo Senado impede que ele seja processado pela justiça comum, que revela não ser estritamente política a natureza da pena.⁴

Por estas razones el juicio político no debe recibir este nombre pues abrange mucho más que apenas un juzmaento político como también todas las garantías constitucionais del proceso deben ser seguidas para un impeachment valido y ainda la sanción de lo mismo abrange mucho más que el impedimento del cargo político, como también sanciones reales, a depender de lo que ensejó el procedimineto, por esto debese clasificalo como um juicio hibrido, lo que sigue.

2.4. Juicio hibrido

El proceso de *impeachment* es esencialmente político, pero con participación del poder judicial siguiendo la tripartición de los poderes y el sistema de frenos y contrapesos donde el poder judicial es el responsable de fiscalizar la admisibilidad, para impedir que ocurran nulidades en su proceso y para asegurar un juicio imparcial.

El control judicial tiene naturaleza preventiva sólo pudiendo actuar si es provocado y después del recurso del legislativo teniendo carácter subsidiario y residual; que se respete esto, podrá ejercer el control judicial respetando los derechos fundamentales y la actuación de los demás poderes, al final la actuación del poder judicial está implícita en el propio procedimiento de *impeachment* hibrido⁵

La necesidad de la participación del Poder Judicial en el procedimiento, asegurando la escasa observancia de la legalidad en el trámite procedimental (necesidad esta destacada por esa Honorable Corte IDH en el juicio del Caso De La Cruz Flores contra Perú y del Caso Tribunal Constitucional contra Perú).

El proceso de *impeachment* es esencialmente político, pero con participación del poder judicial siguiendo la tripartición de los poderes y el sistema de frenos y contrapesos donde el poder judicial es el responsable de fiscalizar la admisibilidad, para impedir que ocurran nulidades en su proceso y para asegurar un juicio imparcial.

El control judicial tiene naturaleza preventiva sólo pudiendo actuar si es provocado y después del recurso del legislativo teniendo carácter subsidiario y residual; que se respete

4. RICCITELLI, Antônio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* - Barueri: Minha Editora, 2006, p. 19.

5. RICCITELLI, Antônio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* - Barueri: Minha Editora, 2006, p. 83.

esto, podrá ejercer el control judicial respetando los derechos fundamentales y la actuación de los demás poderes, al final la actuación del poder judicial está implícita en el propio procedimiento de *impeachment* híbrido.

La necesidad de la participación del Poder Judicial en el procedimiento, asegurando la escasa observancia de la legalidad en el trámite procedimental (necesidad esta destacada por esa Honorable Corte IDH en el juicio del Caso De La Cruz Flores contra Perú y del Caso Tribunal Constitucional contra Perú).

3. LAS PRINCIPALES GARANTÍAS ESPECÍFICAS DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO PRESENTES EN JUZGAMIENTOS POLÍTICOS

En la alusión a lo anterior, se subraya que el proceso de *impeachment* tiene carácter híbrido, o sea, la decisión de mérito presenta carácter exclusivamente político, sin embargo, debe seguir un procedimiento predeterminado, en el cual se obliga la fiscalización directa del poder judicial.

En este sentido, la existencia de las garantías judiciales descritas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) necesitan ser alcanzadas y debidamente respetadas. De este modo, se entiende que las aplicaciones de las garantías judiciales se diferencian de la naturaleza de la materia abordada. De la misma forma se pronunció la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso contencioso:

[...] a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la demanda de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del el mismo precepto se aplica a los órdenes y, por ende, en el que el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo⁶.

Por lo tanto, para que una decisión sea dictada de manera racional, proporcional, justa y distante de arbitrariedades, es imprescindible que las disposiciones del artículo 8 de la CADH sean respetadas. Por lo tanto, las determinaciones de este artículo no se limitan a cuestiones materialmente judiciales, ya que cualquier autoridad o órgano estatal que está ejerciendo la función juzgadora, está vinculado a todas las garantías procesales, incluso órganos de esfera administrativa y legislativa, como ocurre en el caso del proceso de juicio político de un ciudadano que fue democrático y constitucionalmente electo⁷.

6. Cf. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

7. Cf. Corte IDH. Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru, supra nota 47, pars. 69-71; Cf. Corte IDH. Caso

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.

En consonancia a lo expuesto, en diversos casos contenciosos, la honorable Corte IDH define la finalidad de estos juicios realizados en foros especiales, como los de:

proteger la integridad de la función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de inmunidad y evitar, así, que se altere el normal desarrollo de la función pública. No constituye un derecho personal de los funcionarios. Sirve al interés público. Entendido en sus términos, el fuero persigue un fin compatible con la Convención⁸.

Ante esta perspectiva, debido a su relevancia, se entiende que el artículo 8 de la CADH posee característica de norma imperativa del derecho internacional⁹, debiendo el Estado asegurar su estricta aplicación en el transcurso del debido proceso¹⁰.

3.1. Artículo 8.1 De la CADH

El acceso efectivo a la justicia tiene carácter de norma *jus cogens* en derecho internacional, por lo tanto debe ser garantizado de forma integral a todo ser humano. En concordancia, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) legislativa¹¹:

Ivcher Bronstein, supra nota 47, pars. 102-104; Cf. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Série C No. 72, pars. 124-126; Cf. Corte IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C Nº 200, par. 208; Cf. Corte IDH. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, par. 119.

8. Cf. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, par. 74.

9. Cf. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, par. 131.

10. 50Cf. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, par. 237; Cf. Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, par. 209.

11. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en el escrutado de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para que se determinen sus derechos o obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza.

De la misma manera elucidó el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)¹²:

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer respetar sus derechos. Debe poder contar, además, con proceso simple y breve, mediante el cual la justicia la proteja contra actos de autoridad que violen, en su perjuicio, cualquiera de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Por lo tanto, para promover justicia e igualdad de derechos, es vital reconocer que la exigibilidad y obediencia al artículo 8.1 de la CADH y XVIII de la DADDH, incluso en los juicios de naturaleza predominantemente política, hecho que es sustancial para efectivizar la promoción del debido proceso y las demás garantías judiciales existentes.

3.2. Artículo 8.2 De la CADH

La presunción de inocencia tiene amparo en diversos documentos internacionales, y, se muestra fundamental durante el procedimiento de un juicio político, hasta que sobrevenga el veredicto final. En este diapasón, se trata de un derecho natural del acusado y consecuentemente es exigible en cualquier esfera social de un régimen democrático, no pudiendo ser impuesta solamente en la área penal.

Además, la honorable Corte IDH siempre se manifiesta en casos contenciosos en pro de la total protección y promoción de los derechos y garantías, por lo tanto éstos deben ser respetados en cualquier procedimiento que pueda afectar a derechos fundamentales:

[...] es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar justas, en el estado de la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento que afecte a los derechos de las personas¹³ [...]

12. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm

13. Cf. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 48, par. 127.

La Observación General N° 32 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece:

[...] la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de la misma con este principio¹⁴.

En consonancia a lo expuesto, se concluye sobre la relevancia de la presunción de inocencia a través de los propios términos del artículo 8.2 de la CADH, el cual determina que: toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe legalmente su culpa. Por lo tanto, es indispensable la presunción de inocencia durante el procedimiento de *impeachment*.

3.3. Artículo 8.2.B de la CADH

La garantía de ser informado, comunicado de manera anterior y principalmente detallada está expresada en el dispositivo referido dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos y fue muy bien observado por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus motivos y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfice los fines que le son inherentes, es necesario que esa razón ocurra antes de que el gobierno que se ha convertido en una de las más antiguas. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa¹⁵.

Esta afirmación puede ser observada tanto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14, § 3, ítem 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde relata: ‘toda persona acusada de un delito tiene derecho, en plena a

14. 68 Cf. Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas. Observación General n° 32 (CCPR). Artículo 14: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, p. 11. Disponible en <<http://undocs.org/es/CCPR/C/GC/32>>. Acceso em 20- abril-2019.

15. Cf. Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador, supra nota 71, par. 187.

las siguientes garantías mínimas: 1. a ser informada sin demora, en una lengua que comprenda y de forma minuciosa, la naturaleza y los motivos de la acusación contra ella formulada¹⁶.

3.4. Artículo 8.2.C de la CADH

En el dispositivo presentado por la Convención Americana de Derechos Humanos, está vinculado a una garantía de defensa inherente en un proceso de juicio político, en virtud de ello, se hace necesario que el Estado conceda tiempo y medios suficientes para que ocurra el análisis del proceso y la debida preparación de una defensa. Se resalta que ambos dispositivos están interconectados y que una eventual falta de un medio adecuado de defensa inferir, perjudicar, el juicio como un todo.

Se hace necesario que haya un análisis subjetivo para tener en cuenta las dimensiones del caso, desde su complejidad hasta las proporciones en que puede llegar. Con eso, no se tiene como establecer de antemano un sistema estandarizado para ser aplicado en todos los casos, ya que cada caso tiene su característica propia a ser tenida en cuenta.

El entendimiento de esta Honorable Corte IDH relacionado con los medios adecuados para la defensa, puede ser observado que:

[...] uno de los derechos que el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente propio en su contra. Se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba¹⁷.

Por lo tanto, los derechos contenidos en el artículo 8.2.c de la Convención Americana son imprescindibles dentro de un proceso de juicio político de Jefe de Ejecutivo constitucional y democráticamente elegido.

3.5. Artículo 8.2.F de la CADH

El derecho de defensa es irrenunciable, el Estado debe patrocinar si no lo hace se ejerce el derecho cuando corresponda de autodefensa.

16. Cf. United Nations. International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR. Disponível em <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em 26-abr-2019.

17. Cf. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, supra nota 55, par. 54.

Resaltando que nombrado el defensor por el Estado no garantiza el debido cumplimiento del artículo 8.2 y de la CADH, como se ve en el caso Tibi vs. Ecuador, en el cual esta Honorable Corte IDH definió que:

Como se demostró, en el auto cabeza del proceso que declaró abierta la etapa de sumario, dictado el 4 de octubre de 1995, el Juez designó un abogado de oficio para el señor Daniel Tibi y los otros sindicatos. Ese abogado en el visitó la presunta víctima ni intervino en sudefensa. Si bien el señor Tibi logró comunicarse posteriormente con un abogado en particular, no pudo contratar sus servicios por falta de recursos económicos. Estatuación escrita que durante el primer mes de detención no contara con asistencia de un (supra párr. 90.19), lo que le impidió disponer de una defensa adecuada.

El nombramiento por parte del Estado al asistido/acusado es efectivo, a modo que proporciona el derecho de defensa al acusado y toma las medidas necesarias, tal manera que constituyó violación, directamente y explícita, la no designación de defensor al acusado.

Y resaltando que la corte ya ha decidido que el Ministerio Público, defensor del Pueblo, el que fue encargado de actuar en relación a las quejas y denuncias que se realizaron contra las autoridades de la administración pública y de las ONG's¹⁸, no pueden ejercer este derecho de defensa que esta previsto en el artículo 8.2, ya que “[y] l derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación. (...). [N] el es justo depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”¹⁹.

El derecho de defensa es irrenunciable, en un primer momento garantizado a través de defensor nombrado por el Estado, según la legislación interna²⁰. Se puede parecer incompatible con un proceso de juicio político de un presidente electo, la Honorable Corte no posee precedente que directamente se relaciona a ambos. Sin embargo, se afirma que la ausencia del derecho de defensa, no contar con el patrono proporcionado por el Estado (en lo que se refiere al artículo 8.2 y la CADH), somete que el acusado al poder punitivo del Estado sin tutela²¹.

18. Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra nota 45, par. 133.

19. Cf. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, supra nota 55, par. 63; Cf. Corte IDH. OC-11/90, supra nota 47, par. 25

20. Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, p. 241. Disponible em . Acesso em 03. Fev. 2018

21. Cf. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo,

El denunciado que está en proceso de juicio político tiene un derecho a abogado proporcionado por el Estado que debe actuar de forma independiente y exenta en relación de defensa del presidente para evitar un posible golpe de Estado velado.

3.6. Artículo 8.2.H de la CADH

De acuerdo con entendimiento firmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el doble grado de jurisdicción puede ser conceptualizado como “una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa sea revisada por un juez el tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”, a fin de que se “busque la corrección de demandas jurisdiccionales contrarias al derecho”²².

De esta forma, la jurisprudencia de la Corte está alineada a los textos legales del artículo 8.2.h de la Convención Americana y del XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, define que: “[l]a doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”²³.

En el proceso de *impeachment*, sin embargo, partiendo del supuesto de que el juicio político sobre la responsabilidad del presidente democrático y constitucionalmente electo posee un carácter jurídico-político, el derecho al doble grado de jurisdicción debe ser analizado de forma dicotómica.

Ahora bien, si las cuestiones de orden jurídico son recurribles al Poder Judicial, las cuestiones de orden político demandarían un recurso político, el cual encontraría mejor amparo en el referéndum popular por voto directo, universal y secreto.

De este modo, la garantía judicial específica del debido proceso referente al doble grado de jurisdicción es exigible en el contexto de juicios políticos de Presidentes democrática y

Reparaciones Y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. No. 220, par. 155; Cf. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, supra nota 55, par. 62.

22. f. Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina, supra nota 44, par. 97; Cf. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, par. 158 e 161.

23. Cf. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, supra nota 55, par. 89; Cf. Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá, supra nota 45, par. 179; Cf. Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina, supra nota 44, par. 97; Cf. Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, supra nota 117, par. 242; Cf. Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, supra nota 117, par. 85.

constitucionalmente elegidos realizados por el Poder Legislativo, correspondiendo al Estado la obligación de adecuar su legislación interna con el ordenamiento jurídico internacional, estableciendo la posibilidad de un recurso en la esfera política, independientemente del modo en que se emprenda, hay que considerar que no existe la exigencia de una forma específica de establecerlo.

3.7. Artículo 8.5 Da CADH

La finalidad de atribuir publicidad al proceso tiene, como función imprescindible, “proscribir la administración de justicia secreta, someterla al el escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia”²⁴.

Por consiguiente, la publicidad del proceso tiene como eje en el aspecto específico “al acceso a la información del proceso que las partes e incluso los terceros”²⁵. De esta forma, la publicidad del proceso en contextos de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo alcanza mayor importancia, pues, en ese contexto en específico, se está garantizando el acceso a la información.

Como el *impeachment* es el juicio de la más alta autoridad del Poder Ejecutivo, por los representantes del Poder Legislativo, poderes que representan la voluntad colectiva, no es legítimo que el proceso ocurra en secreto en cualquiera de sus etapas, para que se dé la debida transparencia y control público de las manifestaciones de voluntad de los agentes políticos elegidos.

Por estos motivos, la garantía judicial de la publicidad del proceso es exigible en el contexto de juicios políticos.

4. LA COYUNTURA LATINOAMERICANA EN CUANTO A LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es una ramificación del derecho público interno que comprende al estudio de los principios constitucionales, de las reglas que regulan el poder estatal,

24. Cf. Corte IDH. Palamara Iribarne vs. Chile, supra nota 94, par. 168; Cf. Corte EDH. Osinger v. Austria, no. 54645/00, § 44, 24 March 2005; Riepan v. Austria, no. 35115/97, § 40, ECHR 2000-XII; y Tierce and Others v. San Marino, nos. 24954/94, 24971/94 and 24972/94, § 88, ECHR 2000-IX.

25. Cf. Corte IDH. Palamara Iribarne vs. Chile, supra nota 94, par. 168.

su funcionamiento y organización, así como de las normas que versan sobre derechos fundamentales, con base en la matriz principiología de la Supremacía de la Constitución. A medida que el proceso y la constitución se unen y regulan la actuación de la Jurisdicción, estereotipando el Estado Democrático de Derecho, surge el Derecho Procesal Constitucional capaz de ofrecer un soporte más eficaz en la aplicación de las leyes que tutelan esos derechos e indicar cuál es la manera más adecuada de alcanzarlos.

El estudio del Derecho Procesal Constitucional surgió después de la Segunda Guerra Mundial y es una disciplina jurídica reciente que constituye una vereda para la concreción de los Derechos Humanos positivados en la constitución y establecidos en los tratados internacionales que el Estado forma parte. De esta forma, el derecho público interno acumulado con el derecho internacional tiene extrema importancia para la validez de los Derechos Humanos, una vez que el Derecho Procesal Constitucional es también resultado de una interpretación constitucional y no sólo de los procedimientos para alcanzar esos derechos.

En este sentido, el doctrinador nicaragüense Ivan Escobar Fronor dispone en su libro “Introducción al Derecho Procesal Constitucional” que:

La Constitución contiene derechos, libertades, normas de organización, de garantías y de procedimiento para asegurar un juicio justo y rápido, seguro, imparcial y fresco. Este es el núcleo del Derecho Constitucional Procesal. Es la consagración de las normas y principios básicos del Derecho Procesal en la Constitución, las que adquieren la superioridad de esta. Se ocupa, pues, de las instituciones procesales establecidas en la Constitución que velan por la seguridad jurídica y el debido proceso²⁶.

Una vez que el Derecho Procesal Constitucional también se encuentra ante el procedimiento y no sólo del análisis científico del derecho material positivado en la constitución, tiene un papel importante pues constituye el camino más adecuado para la efectivación de los Derechos Humanos. El proceso constitucional es esencial para la salvaguardia de la Supremacía de la Constitución y de los derechos y garantías en ella regimentados, por lo que los países que actualmente no poseen esa disciplina jurídica y ni siquiera la estudian con complejidad, se limitan al conocimiento científico de las reglas y principios constitucionales.

26. FRONOR, Ivan Escobar. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

Además, el propio texto constitucional dispone de la extrema relevancia práctica del proceso como instrumento de acceso a la justicia. Las garantías previstas en la constitución de un Estado Democrático de Derecho, principalmente cuando es miembro de un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, alcanzan el derecho a la defensa, al debido proceso legal, al contradictorio, entre innumerables otros, oportunizando a todos los que tengan el pleno acceso a la justicia. El docente y pionero del estudio del Derecho Procesal Constitucional, José Alfredo de Oliveira Baracho, fija el siguiente entendimiento:

“La aproximación entre Constitución y Proceso genera el surgimiento del Derecho Constitucional Procesal o Derecho Procesal Constitucional. (...) El derecho procesal constitucional abarca, por un lado, la tutela constitucional de los principios fundamentales de la organización judicial y del proceso; por otro lado, la jurisdicción constitucional. La tutela constitucional de los principios fundamentales de la organización judicial corresponde a las normas constitucionales sobre los órganos de la jurisdicción, su competencia y sus garantías. La tutela constitucional del proceso engloba el derecho de acción y de defensa 34 y otros postulados que de ellos se derivan. La jurisdicción constitucional comprende, a su vez, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración, así como la denominada jurisdicción constitucional de las libertades, con el uso de los remedios constitucionales-procesales: el habeas corpus, el mandamiento de seguridad y la acción popular²⁷.

La consolidación del Derecho procesal como una disciplina autónoma dependerá de grandes medidas para la intención pretendida. Las asociaciones científicas, como en el caso de Argentina, que celebró en la ciudad de Rosario en 2013 el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, junto con la VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. También se han creado algunas asociaciones nacionales, como en Chile, Colombia, Argentina, Perú y México, organizando congresos periódicamente sobre la materia.

El surgimiento de esta disciplina también es repercutido en la enseñanza universitaria. Los planes de enseñanza de las facultades y departamentos de Derecho están siendo actualizados, para la incorporación de la materia procesal constitucional. Y ya es una realidad en los cursos de graduación y postgrado en Universidades de Brasil, Argentina, Chile, Bolivia, Costa Rica,

27. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. PROCESSO CONSTITUCIONAL. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, pág 125-126.

Colombia, El Salvador, Panamá, Guatemala y Perú. Destacando el notable desarrollo de Perú y Argentina.

La primera obra especializada sobre el tema fue creada en Argentina, con el siguiente título: Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional). La obra fue escrita por Alcalá-Zamora y Castillo, en 1944. Posteriormente, J. González Pérez escribe en 1980 en Europa la obra Derecho procesal constitucional.

El proceso constitucional colombiano, está regulado por el Decreto 2076 de 1991 y por el acuerdo 05 de 1992, por la que se destacan, entre otras, algunas características como: Titularidad y Legitimación por Activa, Legitimación en cuestión por pasiva, Jurisdicción y Competencia, caducidad, requisitos de la demanda y del trámite de la Demanda.

En Guatemala el sistema constitucional se regula a través de la Constitución de 1985, de la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad (Decreto No. 1-86), que buscan desarrollar las garantías y defender el orden constitucional y los derechos inherentes a las personas.

Costa Rica, por su parte, modificó un importante sistema de control de constitucionalidad en dos niveles: reforma legislativa y reforma constitucional. Buscan establecer una “sala constitucional”, a través de las enmiendas, para ejercer la jurisdicción constitucional del país. Conjuntamente se crea una “Ley de Jurisdicción Constitucional”, que se asemeja a un código de proceso constitucional.

Argentina publicó la Ley de Procedimientos Constitucionales de la Provincia Entre Ríos en 1990 y consolidó el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán en 1999. Tales legislaciones garantizan derechos de las personas a través del habeas corpus, el control de constitucionalidad, amparo electoral, fiscal, colectivos, entre otros.

Al igual que en Argentina, para proteger tales derechos de manera efectiva, Perú creó su Código de Proceso Constitucional en 2004. Luego, en 2009 Ecuador, con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, para garantizar la eficacia de los derechos previstos en la Constitución y su supremacía.

Bolivia, un poco más adelante, tuvo su Código de Proceso constitucional publicado en 2012, para regular los procesos constitucionales plurinacionales, así como las acciones de defensa ante los jueces y tribunales competentes. Se basa en los principios de la conservación de la norma, dirección del proceso, impulso de oficio, celeridad, formalismo, concentración, motivación y comprensión efectiva.

Brasil, aún no posee un Código de Proceso Constitucional, y no presenta mecanismos para que tal sistematización se implemente, presentándose retrógrado en relación a los demás Estados latinoamericanos. Ante lo expuesto, se enfrenta a seguir la forma en que se debería sistematizar la justicia constitucional a fin de proporcionar mecanismos para la problemática presentada.

5. EL PROCESO CONSTITUCIONAL Y EL PROCESO DE *IMPEACHMENT* COMO ACCIÓN CONSTITUCIONAL

El binomio, derechos fundamentales y proceso, deben persistir interconectados por el respeto a la sistematización del Derecho Procesal Constitucional, que tiene como máxima la regulación de las garantías procesales para la concreción de derechos, principios y valores constitucionales. Precípuase convierte en la eficacia de los derechos y garantías fundamentales y el estudio de los instrumentos establecidos en la Carta Magna para integrar el Derecho Internacional ampliamente, así como sus mecanismos de exteriorización, cuáles son la CIDH y el CADH.

La trilogía del Derecho Procesal Constitucional, está dividida en jurisdicción, proceso y acciones constitucionales. La sistemática es oportuna a medida que en ámbito legislativo hay una pluralidad creciente de normas dispersas que se encuentran y se presentan como heterogéneas para regular las garantías constitucionales. De esta forma existiendo la codificación en el Estado, tales garantías se encuentran claramente definidas y son aplicables de manera a facilitar un control entre ellas.

En vista que en Brasil no hay un clamor para la instauración de una codificación, como ha ocurrido en otras latitudes, todavía existen *impasses* normativos los cuales, deberían sufrir un control de constitucionalidad efectiva. Para ello, el proceso de *impeachment* aún sí es muy cuestionado, por lo que surge, en la doctrina, defensa de la creación de un Código de Proceso constitucional en el que conste específicamente todas las normas relativas al progreso del proceso de rendición de cuentas del presidente. Tal creación parte de la idea de la obligación del Estado de respetar, hacer respetar y no violar la Convención:

En efecto, un código procesal constitucional nos brindaría unidad de materia, lo cual a su vez consolidaría la dogmática del derecho procesal constitucional, ya que nos permitiría diferenciarlo de los demás, lo cual a su vez permitiría que se identificara con precisión la labor, límites y estructura de la jurisdicción constitucional, la cual en algunos casos pareciera ser invisible y por lo mismo inaplicable por los jueces²⁸

28. Cf. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (director científico). Tendencias contemporáneas del derecho procesal, Bogotá: Universidad Libre, 2017, p. 57.

Como antes expuesto, los jueces que ejercen funciones jurisdiccionales, aunque en juicio eminentemente político, están investidos y deben prejuzgar por las garantías procesales, respetando el debido proceso legal²⁹. De esta forma en el proceso de destitución de cargo de representante político democráticamente elegido, se deberá resguardar las garantías fundamentales³⁰.

Las acciones constitucionales, son así denominadas por ser embrionarias de la Magna Carta o bien por ser propiamente constitucionales, siendo éstas, normas imperativas cuyo objeto jurisdiccional es la protección de los derechos fundamentales.

La Convención Americana de Derechos Humanos, resguarda en su artículo 23, los derechos políticos, los cuales tienen como objeto de protección la representación libre y sin máculas, del pueblo, por sus representantes democráticamente elegidos. El proceso de *Impeachment* puede poner en riesgo tal medida, mientras que, acatadas premisas políticas preexistentes de opositores del gobierno, es posible servir como una forma de golpe de Estado velado.

Para ello el Código de Proceso constitucional en detrimento de sus funciones, debe poseer en su texto, específicamente, el rol de conductas arancelarias que configuren infracción irregular que pondría en riesgo el mandato de funcionario democráticamente elegido con respecto a los dispositivos traídos por la Convención, de modo a asegurar las Garantías Judiciales (artículo 8), Protección Judicial (artículo 25) y el Principio de la Legalidad (artículo 9), todos en consonancia con el artículo 1.

6. CONCLUSIÓN

En el transcurso del trabajo, el proceso de Impeachment trae relevantes discusiones acerca de su naturaleza, siendo que hay doctores como José Cretella Junior que lo clasifica como de carácter político, una vez que corresponde al legislador el juicio del poder Ejecutivo sin ninguna implicación de la Jurisdicción en relación al mérito de la cuestión, mientras que otros adoctrinadores acatan el carácter jurídico, pues afirman que la participación jurisdiccional no es omisa. En el caso de que el proceso de impeachment es esencialmente político, pero está sometido al sistema de frenos y contrapesos del Poder Judicial, todavía hay quien defienda el carácter híbrido del instituto.

29. Cf. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, supra nota 47, par. 71; Cf. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, supra nota 42, par. 166.

30. ALFONSO MORENO, Rene. Aproximación la codificaciones procesal constitucional. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (director científico). Tendencias contemporáneas del derecho procesal, Bogotá: Universidad Libre, 2018, p. 120.

De esta forma, fue necesario analizar el contexto histórico del proceso de Impeachment fuertemente influenciado por el sistema europeo, norteamericano y traído a Brasil ya en su primera Constitución Federal de 1824, siendo que el instituto poseía carácter exclusivamente político. Además, la disciplina jurídica de Derecho Procesal Constitucional supra estudiada trae una nueva interpretación en relación al proceso y la constitución, analizando su sistemática en diversos países de América Latina y su importancia para el proceso de Impeachment.

Por lo tanto, en consonancia con lo abordado a posteriori, la constitucionalidad del proceso de Impeachment remite a grandes discusiones en relación a su Juicio Común, indagando la importancia del Derecho Procesal Constitucional en relación a su procedimiento. Además, independientemente de la clasificación de su naturaleza, es imprescindible que las disposiciones del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos sean respetadas.

7. REFERENCIAS

- ALFONSO MORENO, Rene. **Aproximación la codificaciones procesal constitucional** <In> VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (director científico). Tendencias contemporáneas del derecho procesal, Bogotá: Universidad Libre, 2018.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **PROCESSO CONSTITUCIONAL**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- BAZÁN, Victor. **Neoconstitucionalismo inconstitucionalidad por Omisión**. 2006. Disponible en: < [Http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/341/334](http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/341/334) > Acceso en: 16 de abril de 2018.
- Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y la espalda. Las sentencias de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154.
- Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Fondo. Las sentencias de 14 de marzo de 2001. Serie C No 75.
- Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) vs. Brasil**. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y la espalda. Las sentencias de 24 de noviembre de 2010. Serie C No 219.

- Corte IDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y la espalda. Las sentencias de 29 de noviembre de 2006. Serie C No 162.
- Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Las sentencias de 29 de julio de 1988. Serie C No 4.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe No 71/15, Caso 12,879. El mérito. **Vladimir Herzog y otros vs. Brasil**. 28 de octubre de 2015. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acceso en: 20 abril, 2018.
- DANTAS, Ivo. **DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL: UM DEBATE EM ABERTO**, [S. 1.], 20 maio 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Reflexiones comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos** <in> **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, (Méndez Silva – coordinador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008.
- FRONOR, Ivan Escobar. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. **Introducción al Derecho Procesal Constitucional**, [S. 1.], 1 abr. 2005.
- BURGORGUE-LARSEN, TORRES. Laurence y Amaya Úbeda de, **La corte interamericana de derechos humanos: jurisprudencia y comentarios**. Oxford: Oxford University Press (www.oup.com).
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Derecho procesal constitucional**. Origen científico (1928-1956). Madrid, 2008.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2006.
- SILVA, Accioly Hildebrando de Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva. 1998.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4 e.d. São Paulo: Saraiva, 2017.

- SANTOS, Lucas Octavio Noya. **La justicia de transición: la disonancia entre el ordenamiento interno y el sistema interamericano de derechos humanos.** Eagle (PR)-(tesis doctoral) - UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Maestría en Ciencias Jurídicas. La ley, 2018.
- SAGUES, Néstor Pedro. **Elementos de Derecho Constitucional**, 2 Buenos Aires: Astrea, 2003.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. **El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipios em el âmbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo.** Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponible em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>> Acceso em: 13 fev. 2019.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director de Científico). **Derecho Procesal Constitucional – Litigio ante la Jurisdiccion Constitucional**, Bogotá: VC Editores Ltda, Universidad La Gran Colombia, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Corporación Universitaria Republicana, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2019.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director de Científico). VC Editores Ltda. **La Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.** Bogotá, Colombia, 2014.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, **Derecho Procesal constitucional.** Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Bogotá, Colombia, 2018.

QUINTA PARTE
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
PROBATORIO

CAPÍTULO XXII

PROBATORIO CONSTITUCIONAL CEÑIDO A LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA

Origen del Derecho Probatorio Constitucional en Colombia

*Carlos Bernardo MEDINA TORRES**

Los fundamentos del Derecho Probatorio Constitucional son parte de los derechos y garantías del hombre, del ciudadano, con una larga tradición inglesa, Norteamericana y de Europa Continental que ha se hizo universal. Colombia, y el mundo occidental, no escapan a esta larga tradición de los derechos y garantías constitucionales de la prueba.

El derecho a poder probar los hechos- como garantía bifronte: por un lado a pedir pruebas a mi favor; y, ´por el otro a poder controvertir las evidencias y elementos probatorios que presenten en contra-, así como el derecho a que la decisión se funde en los medios de prueba legal, regular y oportunamente allegados al proceso, el derecho a tener oportunidades clara para la demostración de las teorías del caso- dialécticamente enfrentadas en las contiendas procesales-, inherentes al derecho fundamental del debido proceso probatorio, con todas las garantías de la legalidad intrínseca y extrínseca de las pruebas, han sido amparadas desde las constituciones del Estado de Derecho del siglo XIX, son parte de las garantías del derecho al debido proceso y del derecho a la defensa, defensa que ha de llevarse a cabo controvirtiendo las pruebas contrarias y presentando las pruebas propias.

Es una forma de plasmar la garantía pro-activa del derecho a la igualdad, con igualdad de armas demostrativas.

* Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, Abogado de la Universidad Libre, Magister en Derecho Procesal, Director y profesor de los programas de Postgrado de Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda, ex Director del Instituto de Postgrados de la Universidad Libre, Ex Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. carlosbmedina@yahoo.com

1. EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LA PRUEBAS. APORTE DE HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

Tanto los actos probatorios procesales, que son los que llevan a la producción de las pruebas nacidas en el proceso, en el curso de las etapas probatorias o audiencias de instrucción probatoria, junto con su resultado o producto, que son las pruebas causales (*Probationes probandae*), como las pruebas extraprocesales o anticipadas (*Probationes probantae*) se deben someter a un expreso juicio de hecho, esto es *sobre la eficacia de la prueba, y a un juicio para decidir si el medio de prueba es legal, esto es a un juicio de derecho*, como expresa F. Ricci¹. Este examen es de legalidad y, por ello, recae sobre el procedimiento a través de la subsunción en las reglas legales sobre el órgano de prueba, su objeto, el medio, aducción, incorporación, contradicción, pues estas son *las formas propias de diligenciamiento y producción de las pruebas, los requisitos previos y los de producción propiamente dichos*, las oportunidades de refutación, o sobre el resultado mismo de la prueba y su contradicción. Hay quienes emprenden un riguroso análisis de cada uno de los medios de prueba sobre sus *requisitos intrínsecos y extrínsecos*, siendo los primeros especialmente referidos a los elementos constitutivos del medio de prueba y los segundos primordialmente a los aspectos externos como la publicidad y la contradicción de la misma. Se hacen análisis detallados y desde la imaginación de diversas hipótesis que, sin decirlo expresamente, en realidad recaen sobre la existencia o inexistencia, validez o invalidez, eficacia o ineficacia del acto probatorio (o medio de producción de la prueba) o sobre el resultado mismo.²³ Estos análisis son de enorme importancia para la comprensión y respeto de los derechos y garantías constitucionales y legales de la prueba y no pueden ser marginados ni “abolidos” por las corrientes de marcada tendencia a la informalidad probatoria, pues la epistemología, la filosofía del derecho y la argumentación han de ser, como desde sus orígenes, soportes metodológicos y criterios auxilios al Derecho Probatorio Constitucional y Legal

1. Ricci, Ricci, *Tratado de las Pruebas*, Tomo I, pág. 14, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, La España Moderna; López Hoyos, Madrid, Nueva edición, traducción y notas Adolfo Buylla y Adolfo Posada.

2. Basta ver las constituciones del siglo XIX, como la de 1886 en Colombia, cuya parte dogmática se incluye en la constitución de 1991 (desarrollados en el artículo 29, en el sistema de derechos fundamentales de los arts., 11 a 41, en el art. 93 y en el bloque de constitucionalidad). También en las codificaciones procesales como en la ley 105 de 1931, luego en los códigos de procedimiento penal, civil, laboral, etc. También en el sistema penal acusatorio, ley 906 de 2004 y en el Código General del Proceso.

3. En este sentido vemos rigurosos estudios sobre los diversos requisitos en punto de la prueba de confesión, testimonial, documental, de peritos, etc., de Devis Echandía quien observa detalladas opiniones sobre cada uno de esos requisitos en opiniones de C. Lessona, F. Ricci, E. Florian, J. Guasp, Manzini, Mattiolo, Virota, N. Framarino, F. Carnellutti, entre otros destacados.

Estos juicios deben utilizar el método de subsunción o adecuación típica de los medios de prueba en las disposiciones legales aplicables.

a) Requisitos de *existencia, validez y eficacia de la prueba*

Uno de los aportes metodológicos más destacados es el análisis de los medios probatorios sobre los *requisitos esenciales o de existencia, de validez y de eficacia*. Una gran contribución aplicativa en este sentido es la consagración hecha por la legislación colombiana en el código de Procedimiento Civil de Colombia (Decreto 1400 de 1970) que muestra el rigor de uno de los redactores del proyecto -que se convertiría en legislación vigente por más de cuarenta años hasta la entrada en vigencia del Nuevo Código General del Proceso-, Hernando Devis Echandía. Así, por ejemplo los requisitos de *existencia, validez y eficacia* de la prueba de confesión previstos en el artículo 195 de dicha codificación procesal civil, metodología que el destacado escritor emplea en sus textos sobre la materia desde antes de la promulgación legislativa.⁴ En la mencionada norma positiva se encuentran entre los **requisitos de existencia** (o esenciales) de la confesión están: *que debe ser expresa, tratarse de una declaración proveniente de una de las partes, sobre hechos personales del confesante, que le traigan consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la otra parte;* los **requisitos de validez** son *la capacidad del confesante, que la confesión se produzca de manera consciente y libre;* los **requisitos de eficacia** *que el hecho sea susceptible de probarse a través de confesión (que no requiera otro medio legalmente tasado), que el confesante tenga poder dispositivo suficiente, que si se trata de confesión extrajudicial o trasladada esta se encuentre debidamente probada.* Desde luego a estos requisitos especiales del medio probatorio se unen otros específicos para ciertos casos, actos negocios o contratos como los relacionados con la confesión por apoderados judiciales o por medio de representantes, mandatarios, administradores, factores (en el contrato de preposición previstos en la legislación comercial), o en el caso de los litisconsortes. Así también requisitos extrínsecos tales como el respeto de las oportunidades y formalidades de publicidad y contradicción.

Para observar el desarrollo de esta metodología podemos enfocarnos en el estudio de la Peritación o Prueba de Peritos. Devis Echandía desarrolla con explicaciones propias y citas de jurisprudencia y autores del Derecho comparado, en favor o en contra, entre los requisitos: **de existencia:** *a) Debe ser un acto procesal, que el dictamen forme parte del proceso. b) Debe ser consecuencia de un encargo judicial. c) Debe ser un dictamen personal (encargo*

4. Devis Echandía, Hernando, Compendio de Pruebas Judiciales Tratado de Derecho Procesal civil, Tomo IV., Editorial Temis, Bogotá 1964.

judicial indelegable). d) *Debe versar sobre hechos y no sobre cuestiones de puro derecho*, e) *Debe ser dictamen de un tercero*; **de validez**: a) ordenación de la prueba en forma legal, b) capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo, c) la debida posesión del perito, d) Presentación o exposición del dictamen en forma legal, e) que sea un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción, f) que no exista prohibición legal de practicar esta clase de prueba, g) que los estudios básicos del dictamen hayan sido hechos personalmente por el perito, h) que los peritos no hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo, i) que no exista causa de nulidad general del proceso que vicie también la peritación, j) la deliberación conjunta cuando los peritos son varios; **de eficacia**: a) que sea un medio conducente respecto al hecho por probar, b) que el hecho objeto del dictamen sea pertinente, c) que el perito sea experto y competente para el desempeño de su encargo, d) que no existan motivos para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad, e) que no se haya probado una objeción formulada en tiempo al dictamen, f) que el dictamen esté debidamente fundamentado, g) que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencias lógicas de sus fundamentos, h) que sus conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles, i) que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto, j) que no haya rectificación o retractación del perito, k) que el dictamen sea rendido en oportunidad, l) que no se haya violado el derecho de defensa de la parte perjudicada con el dictamen o su debida contradicción, m) que los peritos no excedan el límite de su encargo, n) que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen, o) que el hecho no sea jurídicamente imposible, por existir presunción “*iuris et de iuri*” o cosa juzgada en contrario, p) que los perito no hayan violado la reserva legal o el secreto profesional que ampare a los documentos que sirvieron de base a su dictamen. Así lo hace el maestro del Derecho Procesal y Probatorio con cada uno de los medios de prueba.

b) Declaratoria de Inexistencia, Nulidad o Ineficacia de la Prueba

Sobre las consecuencias por la ausencia de los requisitos de la prueba es el mismo Devis Echandía quien expresa que son, según la clasificación que el utiliza para cada medio de prueba. Así, ante la falta de alguno de los requisitos esenciales se produce la inexistencia de la prueba; la nulidad o la anulabilidad por la concurrencia de alguna de las causales previstas para la validez del medio de prueba; y, la pérdida de los efectos ante la ausencia de los requisitos de eficacia correspondientes. Así, frente a la prueba de peritos dice que *para que pueda existir jurídicamente el dictamen pericial debe reunir los requisitos de existencia. Pero que puede existir y sin embargo adolecer de nulidad si no reúne los requisitos de validez. Pero, para que tenga eficacia no basta que exista jurídicamente, sino que reúna ciertos requisitos de fondo o contenido*, y estos son los de eficacia de la prueba.

c) Declaratoria de Insuficiencia, anulación por ilegitimidad o nulidad por ilicitud.

En el análisis de los requisitos de validez de la prueba de peritos que hace Devis Echandía en punto del requisito de validez, descrito en el literal h), *-que los peritos no hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo-*, para C. Lessona la prueba de peritos *puede ser declarada insuficiente o anulada si los medios para su producción fueren ilegítimos*, mientras que para otros doctrinantes como Cordero, Altavilla, Baudon, Carnellutti y Cappelletti es nula por ilicitud pues, *consideran que es nula cualquier prueba obtenida ilícitamente*⁵.

d) Importancia y exhaustividad de la división en *requisitos de existencia, validez y eficacia de la prueba*

No cabe la menor duda que si estos requisitos hacen parte de las reglas constitucionales y legales vigentes para cada medio de prueba, su caracterización y el análisis de cada uno de ellos, permite identificar la categoría a la que pertenecen, esto es si se trata de exigencias desde la órbita constitucional, y si ellas afectan el debido proceso u otros derechos fundamentales, o si se trata de la órbita legal, y si se trata de reglas que los establecen como condiciones *esenciales o de existencia* de cada medio de prueba, *de validez* o *de eficacia* son de la mayor importancia para su comprensión y aplicación técnica por parte de los jueces, y en general por los miembros de la judicatura, para garantizar la seguridad jurídica en su aplicación en la práctica, contradicción, valoración de la prueba y mejoramiento del estado del arte en la materia, también extensiva a los profesores y estudiantes, a través de los programas en las facultades de derecho y jurisprudencia. Es fácil ver el debate doctrinal en el derecho interno como en el derecho comparado.

La exhaustividad en el estudio de las reglas que establecen estos requisitos se observa en la exposición en relación con cada uno de los diversos medios de prueba. Así, en punto de la prueba de testimonio de terceros *los requisitos de existencia procesal* son siete (7), diez (10) de *validez del testimonio* y veintiocho (28) de *eficacia probatoria*⁶. Este análisis pormenorizado, adicionalmente a los beneficios antes anotados, abre espacios de debate doctrinario y jurisprudencial.

5. Ver H. Devis Echandía, Teoría General de la Prueba, segundo tomo, pág.319, editorial Temis, Bogotá, 2002.

6. Devis Echandía, op. Cit. págs. 85 a 132.

2. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROBATORIO

Para exponer la naturaleza constitucional del Derecho Probatorio podemos insistir en los fundamentos de esta disciplina jurídica, previstos en varios trazos teóricos,⁷ y que de manera resumida fueron recogidos hacia el año 2009 en los *Fundamentos del Derecho Probatorio Constitucional*, en la *Prueba y Decisión*.⁸ Entre los elementos y características de la constitucionalización del Derecho Probatorio: i) al ser erigidos en normas constitucionales los principios, derechos y garantías judiciales de la prueba nació y se consolidó el *Derecho Probatorio Constitucional*, ii) que se trata de una disciplina jurídica autónoma de naturaleza constitucional, iii) que una especial connotación supralegal nace al ingresar a esta órbita el derecho fundamental al debido proceso probatorio, el derecho a la prueba y las garantías constitucionales esenciales de la prueba, entre ellas la cláusula constitucional de exclusión de la prueba ilícita y de toda aquella que sea obtenida con violación del debido proceso, iv) que el debido proceso irradia desde la teoría y la práctica judicial constitucional no solo el sistema de derechos fundamentales y el derecho constitucional sino todo el sistema jurídico, sustantivo o procesal. Así, impacta las pruebas tanto judiciales -*que son las que se producen o que son incorporadas a una actuación judicial, reguladas en la ley procesal*- como las jurídicas - *como aquellas que atañen exclusivamente al derecho sustantivo, como las que nacen en el tráfico jurídico pero que no se convierten en judiciales*-, v) que esta nueva disciplina cuenta con objeto, principios, naturaleza, garantías, fuentes, teorías jurídicas, metodologías de interpretación, aplicación y mecanismos procesales de aplicación propios, vi) que al ser nacidos en el Derecho Constitucional los hacen trascender a un rango supralegal; vii) que como efecto del hecho de ser elevados a rango constitucional los valores, principios-derechos, deberes y derechos fundamentales de la prueba, o relacionados con ella, así como las garantías constitucionales probatorias judiciales de carácter esencial no solo se constitucionalizó esta disciplina, sino que evidenció la autonomía e independencia del Derecho Probatorio en general frente al Derecho Procesal, dándose así, adicionalmente, origen al Derecho Probatorio Constitucional; viii) que parte de este fenómeno constitucionalizador lo constituyen también la generación de mecanismos procesales constitucionales para garantizar la efectividad de tales derechos y garantías, ix) el estudio y aplicación real de los principios-

7. Medina Torres, Carlos Bernardo, en *El Mito de la Carga de la Prueba frente al Estado Social de Derecho, LA PRUEBA*, Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía, Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Universidad Libre, Bogotá, 2005.

8. Medina Torres, Carlos Bernardo, *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROBATORIO CONSTITUCIONAL*, recogida en *LA PRUEBA y la DECISION JUDICIAL*. (compilación de textos y ponencias de Jordi Ferrer, Joan Picó I Junoy, Diana María Ramírez Carvajal, Luis Bernardo Ruíz Jaramillo, Petronio Calmon, Xavier Abel Lluch, Mónica Bustamante Rúa, Orión Vargas Vélez y Carlos Bernardo Medina Torres), Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2009.

derechos y derechos fundamentales de la prueba, como parte del macro principio del debido proceso probatorio en su doble órbita (sustancial y procesal).

El origen y establecimiento del *Constitucional del Derecho Probatorio Constitucional*, su autonomía e independencia en Colombia, lo podemos sintetizar así:

a) El Derecho Probatorio en la Constitución: Debido Proceso, Derecho a la Prueba y Prueba Ilícita

El debido proceso, tal como está previsto en el artículo 29 de la Constitución de Colombia de 1991, es un conjunto normativo *de estructura compleja*⁹, conformado por un núcleo de principios, derechos, deberes y garantías constitucionales esenciales, de naturaleza sustancial y procesal.¹⁰ Entre ellos, algunos son de contenido o naturaleza eminentemente probatoria como la garantía constitucional derivada del deber estatal de respetar *el derecho a pedir pruebas a su favor y a controvertir las que se presenten en su contra*, y la cláusula de exclusión de pruebas violatorias del debido proceso, al establecerse que: “*Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”¹¹. Estas consagraciones constitucionales erigen como piedra fundamental y columnas del rango superior del ordenamiento jurídico nacional, que es la Constitución, en el rango de *Derechos fundamentales al debido proceso probatorio* que viene a ser la piedra fundamental, y los *derechos a pedir pruebas y a controvertir las pruebas que se presentan en contra y el derecho a la cláusula de exclusión de las pruebas violatorias del debido proceso y demás derechos fundamentales, por ser ilícitas*. En efecto, toda esta disposición hace parte del capítulo *de los Derechos Fundamentales*, derechos que son *el núcleo esencial* del sistema constitucional.

Se refuerza la evidente naturaleza constitucional del Derecho Probatorio por la relación con todos los derechos fundamentales previstos en los artículos 11 y 29 de la Constitución, así como los que están previstos al interior del artículo 29 (la norma del debido proceso) del derecho a la prueba. Así, v. gr., con *la garantía constitucional del derecho a la defensa*, pues solo es posible la defensa garantizando al imputado o acusado en el proceso penal, o a las partes del proceso civil (o extrapenales, como los asuntos de familia, laborales, contencioso administrativo, etc.) la posibilidad de presentar, solicitar y obtener las pruebas necesarias para la defensa, esto es el derecho a la defensa *con derecho a la prueba*. Así, y también sólo

9. Expresión utilizada en la sentencia SU 159 de 2.002, Corte Constitucional colombiana.

10. Ib. Sentencia, op. cit.

11. Inciso segundo del artículo 29 citado.

a manera de ejemplo, la garantía del juez natural. Esta tiene que ver con garantizar que ese juez legalmente previsto como competente que admite, decreta, práctica, valora y produce la decisión judicial con pruebas, o que es el establecido para conocer de las impugnaciones o recursos ordinarios o extraordinarios relacionados tanto con las decisiones en materia de pruebas como con los actos probatorios. Podemos destacar que otras grandes relaciones y consecuencias se han derivado de los actos probatorios procesales y extraprocesales, esto es desde antes de iniciarse el proceso. Rige desde el momento mismo de la producción de los hechos, como de las evidencias y los elementos materiales de prueba que los registran, graban o reproducen en imágenes, sonidos, versiones de testigos y partes, o a través de dictámenes periciales, o los relacionados con su aseguramiento y cadena de custodia, su incorporación a los procesos y actuaciones judiciales, pues casi siempre todos ellos relacionados con el respeto a los derechos fundamentales, a la Constitución, con su producción y con la utilización bajo el rigor *del debido proceso*¹². Esto implica el derecho a que se respeten los controles a la decisión a través de los recursos procesales, como la garantía de *la doble instancia* en materia probatoria. También el derecho a la impugnación de la valoración, o la impugnación por la no exclusión de una prueba nula por ilicitud constitucional.

La órbita del *Derecho Probatorio Constitucional* se ve aumentada, aún más, cuando observamos algunos de los veintidós *mecanismos procesales de protección constitucional*, muchos de ellos aplicables para la defensa del derecho a la prueba, el debido proceso y todos los derechos fundamentales, constitucionales y legales derivados, o con causa u ocasión de los actos probatorios y de los medios de prueba. Uno de estos instrumentos o mecanismos procesales, como lo es la acción de tutela contra sentencias y decisiones judiciales por violación al debido proceso probatorio, al derecho a la prueba y demás aspectos probatorios

b) Autonomía e Independencia del Derecho Probatorio Constitucional

La naturaleza constitucional de los derechos y garantías de la prueba no dependen ni nacen del Derecho civil ni del Derecho procesal, pues son claramente independientes y autónomos frente a estas dos disciplinas jurídicas, como de toda otra área del Derecho del legislador. El Derecho a la prueba, a la exclusión de las que no respetan el debido proceso, y toda garantía judicial probatoria esencial como todo derecho fundamental probatorio son de la dimensión constitucional, de la órbita supralegal. Por tanto, la órbita del *Derecho Probatorio Constitucional* es *Constitucional*, pues esos derechos y garantías dependen y provienen de la Constitución, de las fuentes constitucionales.

12. Casi que, en toda acción de tutela, no solo frente a las formuladas por violación de derechos fundamentales en actos procesales, se acude a la pretensión de amparo del debido proceso.

3. EL DERECHO, FUNDAMENTAL Y HUMANO, A LA PRUEBA EXCEDE EL ACTO PROCESAL

El Derecho constitucional *a la prueba*, consagrado en la Constitución como parte del sistema de derechos y garantías judiciales esenciales convierte las pruebas en algo *más que un mero acto procesal*, las consolida como objetos y derechos de protección del orden Constitucional, como parte del sistema jurídico superior.

Los medios de prueba, tradicionalmente tratados desde el derecho procesal como *actos procesales*¹³, cuando pasan a ser tratados como instrumentos de garantía previstos y protegidos expresamente por el Derecho Constitucional y por el Sistema Internacional de Derechos Humanos, sobrepasan el acto procesal y las reglas procesales sobre actuaciones probatorias. Los derechos y garantías *derivados del derecho a la prueba*, y que hacen parte del cuerpo normativo *del Debido proceso*, son parte inherente al núcleo mismo de la Constitución. Estos son parte del núcleo irreductible del *régimen de derechos fundamentales*.

Los derechos y garantías judiciales esenciales, entre ellas *el debido proceso*, *la cláusula de exclusión de pruebas ilícitas*, *la prevalencia del derecho sustancial*, *la tutela judicial efectiva* (con pruebas), *el derecho a la defensa* (con pruebas) y *el derecho a la prueba* son derechos constitucionales que hacen parte del *sistema de derechos humanos*, pues se trata de derechos inalienables por ser inherentes a la persona, tratados de manera especial y preferente en el orden jurídico interno¹⁴ y que prevalecen en orden constitucional y legal interno cuando se encuentran reconocidos en los tratados sobre derechos humanos *ratificados por el Estado*.¹⁵ *Ese derecho a pedir pruebas a su favor y a controvertir las pruebas que se presenten en contra* ya no es un mero *acto procesal* sino que es lo que se conoce como el *Derecho Fundamental a la prueba*, desarrollado por la doctrina constitucional contemporánea y tanto por la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales como por la jurisdicción internacional de los derechos humanos. Se trata de un derecho constitucional expansivo, no solo de naturaleza procesal, adjetivo o instrumental -y del que se derivan importantes garantías esenciales en materia probatoria-, sino que es un derecho sustancial fundamental, subjetivo pues de él emanan garantías, facultades o derechos inalienables, privativos y propios de la persona, cuyo núcleo es considerado irreductible y, que, por lo tanto, no se

13. Actos procesales de introducción, impulsión, comunicación, instrucción (probatorios), decisión, impugnación, entre otros estudiados por la doctrina tradicional del Derecho Procesal.

14. Artículo 5º Constitución de Colombia de 1991.

15. Artículo 93 Constitución *ibídem*.

puede desconocer so pretexto de interpretarlo. Como derecho subjetivo es calificado como *inherente a la persona humana y por tanto inalienable, aún en los estados de excepción*.

El Derecho a la prueba es catalogado como un principio y garantía constitucional de orden esencial. En el caso colombiano hace parte del contenido del derecho fundamental del Debido proceso. Por eso lo incluyen como parte del *debido proceso probatorio*, aplicables a la *recolección, aducción y a su práctica de las pruebas, que lo diferencian del debido proceso aplicable al manejo de la acción*.¹⁶

4. ORBITA SUSTANCIAL DEL DEBIDO PROCESO PROBATORIO

El *Derecho Probatorio Constitucional* emerge como disciplina, especialmente autónoma, cuando se consagran en las Constituciones derechos y garantías de la prueba como fundamento esencial de defensa y de la decisión judicial razonable, y ajustada a derecho y a la realidad derivada de la prueba. El tratamiento especial del *derecho fundamental al debido proceso probatorio*, como una *estructura compleja, con sus órbitas sustancial y procesal*¹⁷, el derecho a la prueba -que avala los inalienables derechos y garantías a obtener pruebas a favor, a la contraprueba y a controvertir las que se presenten en su contra-, el derecho a la defensa con pruebas y la garantía de la igualdad de armas probatorias, entre otros. La primera gran base de esta naturaleza es esa consagración en la Constitución, que rige como norma de normas sobre todo el sistema jurídico, el carácter suprallegal del derecho a la prueba, a la contradicción de la misma, y al debido proceso. Es esa nueva investidura del Derecho probatorio la que determina su esencia constitucional.

5. DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS

Lo segundo es el desarrollo a través de los diversos efectos jurisprudenciales y legales, que entre otros, constituyen las consecuencias del proceso de constitucionalización de la prueba como parte principal del debido proceso y la debida decisión judicial, acordes con los derechos constitucionales y fundamentales, en ese fenómeno constitucionalizador de la

16. En este sentido Rodríguez Chocontá, Orlando A., *Prueba Ilícita Penal. Derecho y Garantías Constitucionales. Ediciones doctrina y Ley*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, p.68, 2014, citado por Peláez Ramón Antonio, *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil, Tesis Doctoral 9*, p. 110, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017.

17. Así es considerado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia SU-159 de 2002, magistrado ponente Manuel José Cepeda, donde se consideran ilícitas la grabación hecha por la policía judicial de las escuchas telefónicas de la conversación de dos altos funcionarios del Estado Colombiano por no haber sido previamente autorizadas a través de orden de la autoridad judicial competente y por tanto violatorias del debido proceso, último inciso del artículo 29 de la Constitución que dispone: “*Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”.

función jurisdiccional vinculada a los fines esenciales del Estado. La prueba, tanto jurídica y extrajudicial, como la causal o judicial, desde luego, quedó vinculada con los mismos fines esenciales del Estado Social y Constitucional de Derecho. Evidencian estos desarrollos la consagración de *la cláusula de exclusión de la prueba violatoria del debido proceso y de la prueba ilícita*, por atentar con el núcleo esencial del debido proceso:

a) Nulidad de Pleno Derecho de Testimonio con Reserva de Identidad Ilícito y la Prueba Derivada. Violación del Núcleo Esencial del Debido Proceso. Sentencia T-008 de 1998¹⁸

El caso se refiere al hecho que en el año de 1991 se estableció la –cuestionable– prueba de testimonios con reserva de identidad del declarante (conocidos como “*testigos sin rostro*”), bajo los requisitos, casos y reglas previstos en los decretos 2271 de 1991 y 099 del mismo año. El diligenciamiento propiamente de dicho del testimonio, entre otros requisitos, debía extenderse en doble acta escrita: en una no se consigna el nombre del testigo, la que obraría en el expediente y en la otra si hacía constar el nombre del declarante. La identidad se ocultaba para su protección. La diligencia debía constar siempre con la presencia del delegado de la Procuraduría (que en Colombia se le denomina agente del ministerio público) como funcionario garante de la legalidad de la prueba, para fiscalizar su producción. En acción de tutela *por vía de hecho* contra la decisión que tiene en cuenta una declaración de un testigo de cargo con reserva de identidad la Corte Constitucional decide en sentencia T-008 de 1998, consideró que si “*durante la declaración del testigo secreto no se está presente el representante del Ministerio Público ; si no se levanta el acta separada con la identidad del declarante; si el juez no puede conocer esa identidad para valorar adecuadamente la declaración ; si, por ello, la defensa no puede contrainterrogar al testigo, la prueba será nula por violación del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso*”. Reconoce la violación al derecho debido proceso probatorio, a la contradicción de la prueba, que es parte integral del derecho a la defensa y del derecho a la prueba, como elementos esenciales que hacen parte del *núcleo esencial del debido proceso*. Esto muestra el reconocimiento que hace la jurisprudencia constitucional de la esencia constitucional del *derecho a la prueba y su contradicción* como parte nuclear del Derecho Probatorio, como lo son las garantías que encierra el proceso debido en materia probatoria...

La Corte consideró que la validez constitucional de esa clase de testimonios con reserva de identidad dependía, “*por entero*”, de la *aplicación cabal de las garantías* regladas por la ley. Tal exigencia busca rodear la práctica de las diligencias y la *valoración de la prueba*

18. Corte Constitucional colombiana, sentencia de tutela T-008 de 1998, magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

testimonial, así como de la posibilidad que esta sea ampliamente controvertida por la defensa técnica de todas las garantías constitucionales esenciales.

El tema adicional que resulta es la ilicitud de la prueba o diligencias que se derivan de la prueba ilícita, pues en ese caso en particular se consideraban ilícitas las diligencias registro – o allanamiento- de inmuebles donde se descubrió parte importante de los elementos materiales probatorios que se derivaron de la prueba ilícita, en especial sirvieron para fundamentar la sentencia de condena.

b) Cláusula de Nulidad de Pleno Derecho o Exclusión por Violación de las Garantías Fundamentales en el Código de Procedimiento Penal del Sistema Penal Acusatorio¹⁹

Toda prueba *obtenida con violación a las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.* Esto significa que las consecuencias de invalidez procesal y probatoria se producen *ipso iure* o *de pleno derecho*, nulidad que se produce de manera automática y que, por tanto, no se requiere de especial un trámite especial, o incidental, ni de pronunciamiento expreso para tal fin. La nulidad de pleno derecho genera ineficacia liminar o sea pérdida automática de sus efectos.

Esta disposición establece que también *las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.* Es la explicación dada en la teoría norteamericana del fruto del árbol envenenado, pues comunicando su veneno también a las pruebas derivadas o resultantes de las declaradas ilícitas, *deben ser excluidas de la actuación.*

Se revela la naturaleza constitucional de esta disciplina cuando se establece la *cláusula de exclusión*, o de *nulidad de pleno derecho, de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso*²⁰ o de otros derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva través de la prueba, la interpretación probatoria para desahogar la prevalencia del derecho sustancial. Estos fundamentos del Derecho Probatorio Constitucional tienen vínculo especial con la razón de ser de la existencia misma del Estado, con *sus fines esenciales*²¹, pues entre ellos está *garantizar la eficacia* los valores, derechos, deberes, garantías y principios constitucionales a través de instrumentos judiciales como el proceso, la prueba y la decisión judicial, como parte esencial del sistema constitucional de los derechos fundamentales, articulados con todo el conjunto de derechos y garantías esenciales.

19. Artículo 23 Ley 906 de 2004

20. Inciso final del Artículo 29 de la Constitución colombiana de 1991.

21. Artículo 2° de la misma Constitución.

Se trata de claros efectos constitucionales que revelan la existencia del ámbito constitucional de esta área del Derecho. Son consecuencias derivadas de la razón misma de la existencia del sistema jurídico y del Estado Constitucional de Derecho, a partir del fenómeno propio del Derecho sustantivo, procesal y probatorio constitucionalizado.

c) Exclusión de Elementos Probatoria y Evidencia Física por Invalidez del Registro y Allanamiento.

La falta del cumplimiento de *algunos de los requisitos* establecidos en las reglas procesales, desde luego legalmente vigentes, para impartir la orden judicial la diligencia de registro y allanamiento -que se activa y ejecuta a través de la policía judicial- vician esta última con “*invalidez*”. Es producida la invalidez de las acciones de registro por la inobservancia o infracción de las reglas que las rigen, pues la *carencia de algunos de los requisitos esenciales* legalmente previstos genera la nulidad de las diligencias y de las pruebas que en ellas se descubren o derivan. Esta disposición nos señala la aplicación del *principio de legalidad* y la aplicación del método de subsunción. En efecto, para decretar la nulidad se debe hacer el análisis de subsunción y sometimiento a las reglas, esto es en ejercicio del principio de legalidad que imprime el rigor de *la observancia de las formas propias de cada juicio o actuación procesal*. En ese sentido el Código de Procedimiento Penal del sistema penal acusatorio (ley 906 de 2004), dispone bajo la denominación *CLAUSULA DE EXCLUSIÓN EN MATERIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO*, que la expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentra *viciada por carencia de algunos de los requisitos esenciales previstos en este Código*, genera la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan (directa y exclusivamente) del registro carecerán de valor, serán excluidas de la actuación y serán excluidas de la actuación y (solo podrán ser utilizados para fines de impugnación).²²

Los requisitos esenciales se refieren a los de existencia. Desde luego su ausencia debería generar *la inexistencia del acto procesal*, pero el legislador ha fulminado en este caso esa irregularidad con las consecuencias de la *invalidez* o nulidad. La expresión “algunos” indican que es una pluralidad, pues no podría ser uno solo.

22. Ley 906 de 2004. Art. 232. Las expresiones entre paréntesis fueron declaradas *inexequibles* por la Corte Constitucional, así: La expresión “*directa y exclusivamente*” por medio de la sentencia C-591 de 2005, magistrada ponente Clara Inés Vargas; y, a través de la sentencia C-2010 de 2007, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy C. “*solo podrán ser utilizados para fines de impugnación*”. Consideramos que parte de la garantía derivada del derecho a la defensa y de contradicción de la prueba, lo que incluye la contraprueba, ha debido mantenerse la eficacia para *solo para fines de impugnación*. Pues la cláusula de exclusión cumple una función especialmente profiláctica en la producción de pruebas de cargo y aún de la defensa, siendo una garantía para la contraparte el poder usar a su favor lo que se quería montar ilícitamente en su contra o lo que de ello se deriva.

6. PROYECCIÓN DESDE EL DERECHO Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las garantías del Derecho a la prueba, el Derecho al debido proceso, a la defensa con pruebas, a la prevalencia del derecho sustancial, a la tutela judicial efectiva, consagradas en el Derecho internacional público de los derechos humanos vienen a estar por encima de la Constitución. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce una función de ejecución de los derechos y garantías esenciales del proceso, la prueba y la decisión judicial, garantizando el debido proceso, el derecho a la prueba y a la defensa previsto en el orden jurídico internacional aplicable, para que sean proyectados en el sistema jurídico interno. Kelsen, en la redacción de la Constitución austriaca superó la creencia implantada desde los revolucionarios franceses del siglo XVIII al concebir el Tribunal Constitucional para su nación, como el órgano investido de *jurisdicción constitucional especial*²³. Las normas más altas son el derecho internacional u *orden jurídico internacional, sigue la Constitución, para llegar, en fin, a través de la ley, del reglamento, de la sentencia o del acto administrativo, a la ejecución material de los mismos*²⁴. La Constitución está supeditada al orden internacional y al control jurisdiccional de su guardián que es el Tribunal Constitucional.²⁵ Las jerarquías normativas son aplicables en Colombia a partir de la vigencia de la Constitución de 1.991. Así, la ratificación de los tratados e instrumentos internacionales confieren poder vinculante a tales instrumentos normativos, con claros mecanismos internacionales de protección propios de una órbita superior a la de las Cortes Constitucionales, quienes las acatan a través del Bloque de Constitucionalidad, consolidando así el Derecho Probatorio Constitucional a partir del orden jurídico internacional, otorgándole carácter vinculante tanto a los pronunciamientos de las Cortes Internacionales de los Derechos Humanos, como la órbita superior del *Derecho Probatorio Internacional de los Derechos Humanos* con rasgos y mecanismos propios, como sus fuentes de carácter vinculante, entre ellas sus pronunciamientos y mecanismos procesales de intervención en el orden interno como el *control de convencionalidad*, del que más adelante nos ocuparemos en lo pertinente, por su aplicación forzosa en el orden interno. También las medidas de coerción y de cautela, entre estas últimas las medidas cautelares.²⁶

23. La Garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional) trad. Rolando Tamayo y Samorán, anuario Jurídico, México, vol 1º, 1974, reeditada por *Ius Veritas, No 9, Lima, 1.994, citado por Osvaldo A. Gozaini, en Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Rubinzal- Culzoni Editores, págs. 56 y 57, Santa Fe, 2006, pág. 55.*

24. Gozaini, Osvaldo A., Introducción, op. Cit. págs. 56 y 57, Santa Fe, 2006.

25. Desarrollada por Kelsen en el trabajo ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, editorial Tecnos, Madrid, 1996, citado por O. A. Gazaini, op. Cit. pág.56.

26. Medina Torres., C. B., Fundamentos. op. Cit. Págs. 263 y ss.

El Estado es Garante de los DDHH y su Responsabilidad por su Violación²⁷ Los Estados miembro del Pacto Interamericano de Derechos Humanos- Pacto de san José de Costa Rica- están obligados a adecuar su ordenamiento interno, incluyendo su Constitución, de conformidad con artículo 2º del mencionado Pacto. También de prevenir toda violación de los derechos humanos y, en caso de ser violados, de garantizar la *plena restitución de los derechos afectados (restitutio in integrum)*, que comprende las medidas que conlleven al restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización.²⁸

27. Denominación dada a la ponencia presentada por Rodrigo Rivera Morales en el XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Memorias, Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Universidad Libre, Cartagena 2017, págs. 1039 y ss.

28. García Ramírez, Sergio y Benavides Hernández, Marcela, Reparaciones por violaciones de derechos humanos, México, Editorial Porrúa, 2014, pp.44 y ss., citados por Rivera Morales, op. Cit. pág. 1060.

CAPÍTULO XXIII

LA DETERMINACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN EL RACIOCINIO PARA EL COMPORTAMIENTO VALORATIVO DE PRUEBAS POR LOS JUECES DE CONOCIMIENTO PENAL

*Jainer Enrique GARCÍA GÓMEZ**

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de constitucionalización lleva explícito la capacidad de permear al Derecho, de facto, aceptar la tesis concurrente de la constitucionalización del Derecho, reconociendo de suyo lo relativo a la capacidad hasta de incorporar un método de producción y como no, la comprensión de su implicación al momento de pensar dentro del Derecho. Una postura radical de la constitucionalización del Derecho está atada en la forma de pensar entorno a ello, tanto en la manera de producir, como en la manera de sistematizar, fundamentar, argumentar e interpretar. De la última puede decirse, es un factor contribuyente a los intereses, resaltando este método, una acertada presión para conducir en el habla académica, profesional y social acerca de la constitucionalización. En relación al ámbito profesional, y por ello, el litigioso, puede decirse, la interpretación juega un papel preponderante al momento de resolver un caso, esa labor permite garantizar la administración de justicia, sea por el abogado, el persecutor, intervinientes especiales o el juez, esto para centrarlo en materia penal.

* Docente de la Universidad del Cauca; Universidad Libre Seccional Cali; Universidad de Cartagena. Abogado conciliador en MASC y Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali, Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derecho Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, docente de la Universidad del Cauca en el área público, Universidad Libre en el posgrado del área Penal al igual en la Universidad de Cartagena, socio fundador del Colegio de Abogados del Suroccidente colombiano, y miembro del Istituto Giuridico Internazionale de Torino, docente investigador, asesor, consultor y estrategia litigioso en Derecho Penal, director de García & Caicedo Abogados. jeglaw@live.com

La partida de interpretación en manos de cada uno de quienes actúa en un proceso como el penal, viene ceñida por un marco, aunque puede entenderse a la luz del Derecho, sin embargo, no podría ser ya cierta en su totalidad, pues aceptar la tesis de la constitucionalización del Derecho, conduce a enfilas las disposiciones de los actores en su totalidad, al desarrollo constitucional, entiéndase, el todo constitucional. De lo antes mencionado, el Juez como director e impartidor de justicia tiene dentro de su función, la oficiosidad de regirse por el marco constitucional, atemperar su capacidad intelectual hacia los derroteros de este método, sin poderlos trasgredir, so pena de violentar el comportamiento constitucional, un entramado de valores, principios, reglas y subreglas constitucionales a regirle. La común labor del Juez de administrar justicia en materia penal viene predispuesta por la capacidad para lograr un esclarecimiento de los hechos, conocido es, por las formas de prueba que conduzcan a esa reconstrucción fáctica.

La comprensión del hecho en materia penal juega un papel importante para adecuar en la corrección ajustada, la descripción jurídica, eso inmiscuye una solida percepción del juicio, comprometiendo en el Juez, toda su aptitud física, psíquica y emocional para un excelente desarrollo de su función. En esa aptitud del Juez, viene impuesta ahora, la carga del comportamiento constitucional, una obligación de tener presente no solo la forma de valorar sino, además, reconducir todo al plexo constitucional, teniendo que apartarse de todo aquello a generar una violación sobre este contenido de constitucionalización, una doble labor endógena y exógena, en la primera, seguir el marco constitucional, y en el segundo, su discrecionalidad valorativa, dos labores complejas al existir condicionamientos de la razonabilidad en la racionalidad para la valoración de las pruebas y la evidencia física, gravada actividad para ser integrada por los Jueces.

En gracia de discusión, tenida o no la labor impuesta de asumir un comportamiento constitucional valorativo, el Juez está obligado a seguir los conductos de ese método, aunándose a su función y ciñendo su espacio discrecional. Al momento de llevar una valoración de pruebas, un Juez o Jueces colegiados en penal, tienen la obligatoriedad de seguir el contenido constitucional, realizan su análisis endógeno para decidir sobre un caso puesto a consideración, requieren agotar a su vez el análisis exógeno, teniendo como limitante, más allá de su apropiación valorativa, el influyente contenido constitucional. Al referirse a la constitucionalización del Derecho, debe entenderse la manera directa de la superposición de un tipo de contenido frente a otro, el cual emerge para difuminar y en cierto sentido actual, controlar por medio de validación toda aquella producción dentro del Derecho.

El entendimiento de esta postura es negar la autonomía del Derecho para su producción metódica al revertirla hacia la constitucionalización, en ese punto, la labor interpretativa por vía de la valoración de pruebas por un Juez ya no es tan deliberada, y en caso de cortes de cierre, se hace más exigente ese tipo de asunciones para colegir de suyo, la constitucionalización del Derecho. Observar esa nueva forma interactiva entre la explicación académica y práctica de esta tesis de la constitucionalización del Derecho, ha conducido a plantear el siguiente interrogante: ¿cómo determina la constitucionalización del Derecho en el raciocinio para el comportamiento valorativo de pruebas por los Jueces de conocimiento penal?. La cuestión está planteada por la razón de explicarse ese ejercicio de la constitucionalización en un ámbito del sistema jurídico colombiano, deviniendo en, cómo determina al momento del uso del raciocinio, un factor interno del ser, presionado por un factor externo y reglado para comportar ese raciocinio, palmario en la valoración de pruebas penales.

En el despeje del interrogante, un objetivo para alcanzar será: determinar la constitucionalización del Derecho en el raciocinio para la valoración de las pruebas por los Jueces de conocimiento penal. Para lograrlo, el método aplicado será el hermenéutico analítico, porque estudiará la categoría de la constitucionalización del Derecho, luego tomará esas categorías y se compaginarán con el raciocinio, y con posterioridad, tomará la constitucionalización del Derecho en el raciocinio para ver su determinación al momento del comportamiento valorativo de pruebas por los Jueces de conocimiento penal, llegando así, a las conclusiones.

2. LA CATEGORÍA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN -C-

El desarrollo de este apartado estará orientado a, qué se refiere con la constitucionalización, por lo pronto y para enfocar el trabajo solo hacia la norma jurídica como técnica desde el método, abandonando el término en lo ideológico. En la evolución del Estado de Derecho al Constitucional, o en palabras de estudio de tesis por Manuel García Pelayo, estado legal de Derecho al estado constitucional de Derecho¹, puede apreciarse el sutil cambio de primacía de la constitución frente a la ley, o mejor aún, normas jurídicas fundamentales frente a normas jurídicas ley, ambos en todo caso con fines limitadores a las funciones del Estado, empero, con capacidades distintas, porque sobre la última, su magnitud se ve con alta posibilidad de tener restricciones al tornarse de fácil alcance para ser alterada en su contenido, mientras sobre la primera, al encontrarse más alejada y con mayor grado de dificultad para la alteración

1. García-Pelayo, Manuel. "El 'status' del tribunal constitucional", en Revista Española de Derecho Constitucional, vol.1, No.1, enero-abril- 1981, p.18.

de su contenido, hacen notar un carácter de profundidad manifiesta. Para explicar mejor esta postura puede decirse:

- En el marco del Estado de Derecho existe un imperio en cuanto a la ley, y el productor de este tipo de normas jurídicas es el legislador, una institución de naturaleza política, dócil a los cambios y dinámico por su desarrollo en lo social, determinable por intereses fluctuantes, una institución a tener la responsabilidad de creación de este tipo de normas jurídicas, el cual, por tener a cargo esta actividad y a su alcance realizar modificaciones o disposiciones sobre su contenido, dejan entrever la facilidad para hacerlo, dado su función ordinaria legislativa le permite hacerlo cumpliendo -validez²- un procedimiento formal y un anclaje material frente al resto de leyes, *verbi gratia*, crear un derecho fundamental por medio de una ley, si a disposición está su creación asimismo su posibilidad para alterarle.
- En el marco del Estado Constitucional existe un imperio constitucional, el productor de este tipo de normas jurídicas es el mismo legislador, pero bajo el manto de constituyente, una institución de igual naturaleza con la misma responsabilidad de creación, aunque sus normas jurídicas ya no son tipo ley, sino actos legislativos o reformatorios de la constitución³, una función excepcional al imponer en el procedimiento formal requisitos adicionales y controles jurisdiccionales, al igual y previo, ejecutivos o administrativos para su creación, donde el anclaje material es frente al resto de normas jurídicas y no sobre igual tipo, *verbi gratia*, crear un derecho fundamental por medio de un acto legislativo, su disposición luego de creada no está a su posibilidad para alterarle porque condensa una coraza de resistencia frente a la labor del Estado al limitarle y mal haría, hacer sencillo para un molde estatal o a intereses.

El marcado cambio en la producción de normas jurídicas es solo una parte del carácter, por lo menos, técnico para entender la diferencia entre Estados, no quiere decir, un Estado desaparezca al otro, es una evolución y mejoría entre ellos. Entonces, aseverar hacia el constitucionalismo es aceptar una limitante a la función estatal, imponerle por medio de un tipo de normas jurídicas restricciones a esa función legislativa, ejecutiva, de control, jurisdiccional, entre otras (aplicable de las funciones de los particulares a pesar de las

2. Ferrer Beltrán, Jordi. Sobre el carácter de las normas de competencia. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p.117.

3. Pulido-Ortiz, Fabio Enrique. “La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track”, en *International law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No.130, enero-junio, 2017, p.161.

discusiones)⁴, para garantizar la libertad de los individuos⁵. Encarnece, una protección mayoritaria el alejar del rango de un congreso, parlamento o asamblea⁶, la función simple de realizar un tipo de norma jurídica de gran envergadura, cuando en la naturaleza del contenido de la norma constitucional es limitadora frente al Estado, ilógico sería trasladar potestad alguna a una institución legislativa sin poner los raseros más complejos y controles políticos y jurídicos para modificarle.

En el saber del Derecho Constitucional es reconocible, cómo dentro de una norma constitucional está compelido el contenido de los derechos fundamentales, ostentando en palabras de Luis Prieto Sanchís, “un contenido prescriptivo que resulta inaccesible al legislador”⁷ o de contenido adscrito, según Robert Alexy⁸, a imposibilitar solo de la mano para su alteración de un procedimiento irrestricto de constituyente. La norma fundamental presenta su contenido obligatorio para limitar al Estado, imponiendo barreras de contención para evitar posibles formas de trasgresión sobre el plenario de su desarrollo, esto lo consigue al disponer las normas jurídicas de un Estado para su favorecimiento y prevención de trasgresión, produciendo espacios exentos de limitantes para alcanzar su contenido. Este tipo de normas jurídicas constitucionales le ubican en una esfera de separación dentro de los tipos de normas, una elevación de rango supra en relación a las demás, enlistando las normas jurídicas y ubicándose en el nivel máximo para alcanzar esa disponibilidad de su contenido.

En el anterior, un intencionado interés de la escritura de este texto para resaltar la necesidad de enrostrar a favor de la norma constitucional, el carácter final de ser la norma jurídica de mayor rango⁹, y demostrar su importancia para hablar del constitucionalismo, uno existente desde el Estado Liberal al tener en la constitución un tipo de contenido, pero que ha virado para ilustrar en ese contenido una fuerza vinculante en cuanto a las normas jurídicas del Estado para acatarle, integrando un cambio de la categoría constitucional a la constitucionalización

4. Anzures Gurría, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en Cuestiones Constitucionales, No.22, enero-junio, 2010, pp.3-51.

5. Araújo Rentería, Jaime. “Constitución, Estado de derecho y ciudadanía”, en Revista Ciencias Humanas, vol.8, No.1, julio-diciembre, 2011, p.23.

6. Estas instituciones pueden bajo su poder del decisionismo actuar, una forma de comprender el plano en Shmitt, Carl. Political Romanticism. Trad. Guy Oakes, Cambridge, Massachusetts, 1986.

7. Prieto Sanchís, Luis. “La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en VV. AA, Teoría constitucional y derechos fundamentales, compilador Miguel Carbonell, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, p.138.

8. Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.66.

9. Aceptado es la ubicación del contenido como fundamental por motivos de interés de quien le define, pues hoy puede no ser fundamental y mañana sí, la capacidad de decisión se despliega en un plano social y luego político.

del Derecho, reconducción del sentido constitucional hacia la incorporación y alteración dentro del Derecho con miras de condicionar según su contenido, formas de desarrollo, fundamento, conceptualización, creación, argumentación e interpretación centradas a su favor, potencializando y enmarcando su contenido, a manera de ocupar y acomodar según sus parámetros.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO -CD-

En el congraciado reconocimiento de ser la norma constitucional, el ademán del constitucionalismo, por cuanto de su capacidad para determinar el contenido material de todo tipo de norma jurídica a integrarse, hacen verle la prevalencia al interior de un sistema, unidad o complejo de normas jurídicas por su fuerza para excluir o no aplicar contenido incompatible o contradictorio por la autoridad con la cual está investida. Al interior del complejo de normas jurídicas de un Estado, la norma constitucional de derechos fundamentales genera un subsistema, un grupo de normas jurídicas alternas y prevalentes a regular la producción, establecer funciones, fijar los contenidos y regular las garantías del entramado jurídico de un Estado. La constitucionalización viene a ser, en palabras de Riccardo Guastini:

“por “constitucionalización del ordenamiento” propongo entender un proceso de transformación de un entendimiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas jurídicas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”¹⁰.

La forma de ver la constitucionalización por Guastini, aunque señala es más sugestiva a precisa, denota un enfoque quizás acertado de su referencia, porque el uso de esta categoría muestra la impregnación y lo invasivo del contenido constitucional, no solo en el plano jurídico sino también en la doctrina, relaciones sociales y actividad política. Guastini para aterrizar en la precisión sobre la comprensión de la constitucionalización señaló la existencia de 7 condiciones para identificarle: 1) una constitución rígida, 2) la garantía jurisdiccional de la constitución, 3) la fuerza vinculante de la constitución, 4) la sobreinterpretación de la constitución, 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, 6) la interpretación conforme con las leyes, y 7) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

10. Guastini, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Distribuciones Fontamara, México D.C, p.153.

Estas condiciones muestran un intervencionismo masivo de la constitución, nótese las altas incidencias en cuanto al contenido jurídico, condicionante de las actividades estatales y hasta las relaciones sociales, pudiendo adicionar un punto atrevido, el comportamiento humano.

La definición de Guastini, así fuere sugestiva y por fuera de las condiciones para hacerle precisa, viene a ser ratificada de una manera más concreta por Susanna Pozzolo, como “un proceso dirigido a tornar la Constitución particularmente penetrante y capaz de condicionar sea a la legislación, a la jurisprudencia y a los actores políticos”¹¹, un símil hasta aquí de Guastini, aunque agrega, “La Constitución, en suma, asumen la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquel de preservar el máximo de legalidad”¹², reiterado entonces, la forma intervencionista hasta irruptora en buen lid, de su manera para incorporarse en aras de proteger los derechos fundamentales. Para, Louis Joseph Favoreu, el proceso de constitucionalización considera “la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego un mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico”¹³, obsérvese, hay dos consistencias en los autores, la concentración para atraer la atención de la norma jurídica y la dispersión de todo el contenido constitucional sobre estas, una forma distinta de señalarlo, donde a la larga es algo parecido para mostrar, la atención viene centrada en el punto de lo invasivo del contenido constitucional en varios planos.

La diversidad de los planos a enfocarse no se evidencia solo en la supremacía constitucional, provienen de otros, Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil mencionan, siguiendo a Guastini, la rigidez y la garantía jurisdiccional de la constitución a permitir, el contenido pueda permear todo el orden jurídico, exponiendo la necesidad de evitar por causas ordinarios la alteración constitucional, y proteger la interpretación y aplicación constitucional por intermedio de instituciones del Estado¹⁴. Argüir sobre la constitucionalización del Derecho es aceptar la marcada acción y paulatina de reconvertir un orden jurídico a su merced, una merced constitucional donde hay una alineación del contenido en cuanto a la base de producción y aplicación, quiere decir, todo contenido jurídico debe estar sujeto al constitucional y esta labor se materializa con la función e institucionalidad del Estado, deponiendo el interior

11. Pozzolo, Susanna. Neconstitucionalismo y positivismo jurídico. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2011, p.69.

12. *Ibidem*.

13. Favoreu, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho” en Revista de Derecho, vol.XII, No.1, agosto, 2001, p.33.

14. Sánchez Gil, Rubén; Carbonell, Miguel. “¿Qué es la constitucionalización del Derecho?”, en *Quid Iuris*, No.15, 2011, p.34.

social, jurídico y político de pretensiones a unas definidas por el contenido constitucional.

El bastión de la técnica jurídica del contenido normativo pasa a manos de la constitucionalización, quien mediante su proceso revierte con base a su fundamento y conceptualización todo vestigio de contenido inconsistente, una reconvencción con fines garantizadores y protectores, un intervencionismo justificado, legitimado y validado en un ciclo constitucional y convencional.

4. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN EL RACIOCINIO -CDR-

En el anterior apartado fue puesta las bases comprensivas del método referido a la técnica del contenido jurídico para mostrar la referencia de la constitucionalización del Derecho, la cual requiere una claridad antes de continuar para ver su relación con el raciocinio y vislumbrar el motivo del texto.

El hablar de constitucionalización del Derecho trae una imprecisión, el uso de la palabra Derecho, una manera clara y precisa de su uso sería, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, empero, no es así, puede hablarse de esas dos combinaciones marcando cuestiones incomparables al reconocer, una está conectada hacia el concepto del Derecho, y la otra, por especie, a las normas jurídicas, etérea su distinción, aunque de efectos trascendentales. Sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se va a estudiar, el análisis está ajustado hacia la constitucionalización del Derecho, donde la exposición de estas categorías, dialogan más allá de la intromisión en el campo social, jurídico y político, en el, ya mencionado método, no solo hacia la disposición de normas jurídicas sino frente al Derecho.

La constitucionalización del Derecho como se trató de guiar en el ítem 1.1. asumía un expansionismo interesado de esos términos frente a la norma jurídica, y se buscó encausarlos hacia el concepto del Derecho para mayor facilidad al momento de asumir que, existe por el constitucionalismo un objetivo, adentrarse a las bases del Derecho para disponerlo a su naturaleza, tal como ha sucedido con las normas jurídicas y reconocido por lo menos con los autores citados, sin perturbación alguna de esa mirada donde por el contrario es ratificada con la conexión hacia el término de raciocinio observable y destinada a darse en el actuar del Juez de conocimiento penal en, por ejemplo, la valoración de las pruebas. Esta aclaración solo tiene fines teóricos para augurar la cándida movilidad del método del Derecho.

El raciocinio es una parte de mucha relevancia para garantizar la administración de justicia, quienes a cargo tienen la labor, recurren en constancia a su utilidad. El raciocinio implica el desplazamiento de la inteligencia para emitir juicios, indica, por tanto, la

composición articulada de la inteligencia para desplegar comprensión y representarse sobre ella. Un agente humano requiere para la producción de un resultado juicio, activar el sistema intelectual compuesto por múltiples elementos químicos y energías para desarrollar esta actividad. El raciocinio se encuentra al interior del ser, y por esto indica, su cerebro, donde se produce este movimiento de la inteligencia. Ubicarlo en la parte interna del ser conduce a poner de presente el desenvolvimiento de su carácter subjetivo, una movilidad interna donde puede condicionarse por factores internos o externos¹⁵ y en la cual actúa la inteligencia, parte humana que desenvuelve la valoración. El raciocinio, entonces, es reconocido a los seres humanos, por lo menos se da a conocer, así como un lugar común, la inclinación de la categoría de raciocinio hacia la constitucionalización del Derecho está integrada por la forma intelectual del ser para integrar ese cúmulo de pensamientos conceptuales, eso implica, establecer la comprensión de su deferencia.

La constitucionalización del Derecho incide en el raciocinio porque se convierte en otro factor externo a condicionarle, es claro, como el contenido constitucional se adentra al interior del orden o conjunto en el todo de las normas jurídicas de un Estado, al punto de hacerlo dentro del Derecho. Esa incidencia puede llevar a una predisposición del actuar de la inteligencia, su factor subjetivo se limita y la deliberación interna le encuentra cabida elementos externos constitucionales para orientarle, al igual que lo hace con la norma jurídica. Ese raciocinio predispuesto debe ahora interpelar al contenido constitucional para valorar, no es suficiente su accionar (inteligencia, memoria, lógica, juicio y resultado) debe agregar la constitucionalización, eso indica, proyectar y regir su raciocinio hacia el constitucionalismo, teniendo a consideración la promoción, protección y garantía de su contenido, el cual engloba la humanidad dignificante del ser. Algo extremo llevar la escritura a este punto, sin embargo, abrir el telón del método constitucional representa en su máxima expresión, verle permeando el comportamiento humano, una discreción alcanzable debido a reconocer la fuerza para regular, orientar y guiar la sociedad en un Estado.

5. EL COMPORTAMIENTO VALORATIVO DE PRUEBAS POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO PENAL EN LA CDR

El capricho de tomar la valoración de la prueba por el Juez de conocimiento penal radica en afirmar la interacción de la tesis de la constitucionalización del Derecho en el raciocinio, y cómo no verle actuando en el rol Jurisdiccional, entiéndase, la constitucionalización del

15. La alimentación, enfermedades, condiciones físicas, estados anímicos, estímulos, sentimientos entre otros privan de actuar deliberados.

Derecho no está solo para las normas jurídicas, está al igual para aplicar en el comportamiento valorativo de un Juez. En este apartado, se observa la valoración de la prueba por el Juez de conocimiento penal y denotará por qué se asume la constitucionalización del Derecho en la función jurisdiccional.

El Juez en su labor de valoración de las pruebas lo hace de forma libre, “en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración”¹⁶, su libertad está dada por la percepción incurrida en la inmediación de la prueba, el Juez está enfrentado con ella, pudiendo forjar un hecho con la apreciación conjunta de esta, en Colombia, así reposa, según el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal. La posibilidad de regirse por el principio de libertad probatoria “implica que el juez puede formar su convicción a partir de cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial”¹⁷, esto permite que pueda construir los hechos por fragmentos con elementos de una prueba o evidencia. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia ha dicho:

“el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley”¹⁸.

El Juez en su función no puede desconocer elementos valorativos de una prueba o evidencia física, debiendo aplicar reglas de la lógica, máximas de la experiencia y leyes de la ciencia para evitar, como expone la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, un: “manifiesto desconocimiento de la sana crítica, por lo que en tales casos debe demostrarse que la inferencia no corresponde a la dictada por la

16. Ferrer Beltrán, Jordi. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol.IX, No.18, julio-diciembre, 2017, p.156.

17. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia de Tutela 555 del 19 de agosto de 2009, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, apartado 1.6.3.

18. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia de Tutela 594 del 28 de agosto de 2009, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, apartado 5.

lógica, la ciencia y/o la experiencia¹⁹. Quiere decir, un Juez puede desconocer en el proceso de valoración: la lógica, ciencia o experiencia²⁰, esto significa, quien administra justicia no asume la existencia de unas disposiciones razonables del conglomerado: lógico, científico o de la experticia como métodos de apreciación probatoria. A pesar de esa existencia de elementos para considerar la valoración de la prueba, no deslinda la fuerza liberal del Juez para atribuirle valor a cada elemento material probatorio o evidencia física, y solo están como criterios para facilitar la función.

El conjunto valorativo de la prueba va a permitirle al Juez determinar el grado de suficiencia o no del caudal probatorio, una garantía para asegurar la justicia a las partes e intervinientes especiales al posibilitar el espacio para que al Juez se le pueda demostrar un hecho con distintos medios de conocimiento, asimismo, solventar problemas de naturaleza legal, o circunstancias excepcionales con resultados nefastos para el proceso como las ilícitas, generadoras de nulidad por afecciones constitucionales. Véase, la labor del Juez termina por integrar un factor interno de análisis para determinar el valor de una prueba, acude a su factor interno el proceso penal probatorio, bajo el pretendido interés que por medio de su percepción pueda decantar y procesar las pruebas para reconstruir el hecho con el cual puede inferir en la conducta penal -adecuación fáctica y jurídica-.

En asalto surge el interrogante a regir este trabajo, ¿cómo determina la constitucionalización del Derecho en el raciocinio para el comportamiento valorativo de pruebas por los Jueces de conocimiento penal?. Quien es llamado en Colombia para impartir justicia en primera instancia frente a un delito es el Juez de conocimiento, y en él recae la potestad valorativa liberal de apreciar, pero emerge la precondition para limitar esa postura libre, la constitucionalización del Derecho. Se ha dejado sentado en la extensión del texto, la fraguada función de la constitucionalización por permear a la norma jurídica y seguido, con aclaración, al Derecho. En este último se ha abierto el paso para permitir un logro conglobante hacia la posibilidad en el Juez de determinarlo conforme a su contenido. Entiéndase, la posibilidad valorativa está en la parte interna del Juez, y precisaría, en el raciocinio, lugar igual donde se ha dado razones para percibir, existe una posibilidad de incursión de la constitucionalización del Derecho, un surgimiento en el tramo de la apreciación liberal de la prueba realizada por el Juez, que va a limitar esa libertad para su valoración.

19. Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal, sentencia bajo el radicado No. 47.716 del 4 de diciembre de 2017, magistrado ponente: Eyder Patiño Cabrera, apartado 6.1.1.

20. Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal, sentencia bajo el radicado No. 48.352 del 5 de abril de 2017, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya, apartado consideraciones 1.

Las categorías de constitucionalización, Derecho, raciocinio y valoración probatoria por un Juez penal encuentran calado y unión en este apartado, porque puede derivarse, cómo en el Juez la determinación de la cláusula constitucionalización del Derecho permea su actividad valorativa por cuanto al momento de emitir el resultado, el Juez debe exponer en una análisis concienzudo aquellos detalles trasgresores del contenido constitucional con el objeto de aislar o eliminar para su deferencia, no puede el Juez encontrar violaciones al contenido constitucional y sobrepasar sin realizar manifestación alguna, a pesar de estar en una liberalidad de apreciación para designar un valor al resultado probatorio. Esta forma de actuar del Juez no es fatídica, asignado sobre el contenido constitucional el poder de autoridad legítima, que implica la capacidad para mandar, no se sabe hasta que punto pueda hacerse, lo que sí, es su posibilidad material de controlar los actos de manifestación realizados y contrarios a su contenido, como, por ejemplo, los expresados mediante una sentencia. Interpretando un poco y dándole un sentido hacia este estudio, puede compartirse que:

“Normalmente suele darse por sentado que aceptar la autoridad de otro como legítima implica reconocer su derecho a mandarme y mi deber de obedecerle, entendiendo que dicho reconocimiento supondría no sólo la admisión de que debo hacer lo que la autoridad ordene a condición de que coincida con lo que de todos modos pienso que se ha de hacer, sino la aceptación de que debo hacer lo que ordene aunque no exista esa coincidencia, aunque con arreglo a mi propio juicio entienda que he de hacer algo diferente. Correlativamente, pretender que se tiene autoridad legítima sobre otro equivaldría a sostener que hay razones para que éste reconozca el deber de hacer lo que le ordenemos en los términos descritos”²¹.

Los Jueces al mandato del contenido constitucional deben reaccionar doblegados, y no en mal sentido de esta palabra, sino en el entendido que su actividad tiene límites, y pensar en la liberalidad de la apreciación y la valoración de la prueba empieza a truncarse. Decir de la constitucionalización del Derecho con influencia sobre el raciocinio es reconocer en el factor exógeno una delimitación al comportamiento del Juez, cuando en su momento valora. Al Juez puede arrojarle un resultado valorativo de las pruebas o evidencia física, y puede ser coincidente con los contenidos constitucionales, pero es más la aceptación de que debe hacer, esto es, el Juez puede lucubrar sobre problemas de ilicitud en una prueba, y puede aceptar no se ve afectada para darle continuidad a su valoración, errando, porque a pesar de desconocer ese tipo de problema, no le queda otra salida al Juez de reconocer su ilicitud, y su libertad se ve menguada.

21. Bayón, Juan Carlos. Razones y reglas: Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz”, en DOXA, No.10, 1991, p.26.

El pensar que no es absoluta la libertad probatoria y su valoración, para reconocer momentos en los cuales los Jueces tienen limitaciones, por aducir, tarifa legal, lo llevan a un relativismo, pues puede sobre entenderse, la marcada pauta para reconocer la existencia de la tarifa legal es dable y justificada por el mismo contenido constitucional, el cual le reconoce. Por eso se señala del comportamiento del Juez, existe una fase interna, una presencia de la constitucionalización que le impide en el momento, abrogarse de los entenderes de su contenido, en ese sentido, el Juez al realizar su proceso valorativo debe comportarse como un constitucionalizado, surgiéndole una imposibilidad de apartarse y teniendo la obligación de mantenerse al tanto para acreditar las anomalías surgidas dentro de su valoración restableciendo conforme al contenido constitucional su raciocinio.

6. CONCLUSIONES

En la respuesta a la pregunta planteada puede señalarse que, la determinación de la constitucionalización del Derecho en el raciocinio para el comportamiento valorativo de pruebas por los Jueces de conocimiento penal se hace por medio de un adentramiento al factor intelectual del agente, donde al proceso para emitir un raciocinio se le apareja el contenido constitucional, el cual, le marca parámetros, impone límites y orienta su desarrollo, esto se presenta por ese proceso invasivo de constitucionalización que no solo está enfocado hacia el conjunto de normas jurídicas de un Estado, sino también a lo social y político, reiterando, luego del desarrollo de este trabajo, a la inteligencia del ser humano.

El reconocimiento de dos diferencias: la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización del Derecho, sobre el último la nominación de método para readecuar a su contenido la base del Derecho con efectos de propagación sobre el concepto, fundamento, justificación, origen, creación, control, interpretación, argumentación y aplicación, un asedio constitucional. En esa diferencia, registrar la intervención como factor exógeno de la constitucionalización sobre el curso de una apreciación y valoración probatoria, opacan su liberalidad, o pueden ser para otros, un factor garantista del contenido constitucional, la protección.

En el análisis general de la escritura, una muestra amplia del paso por seguir de una conquista constitucional a terrenos donde el Derecho hace presencia va tornando en cambios para favorecer hacia el contenido constitucional, denotando en duda un peligro, cuál es el contenido constitucional, y si los Jueces penales develan dentro de su fase interna de valoración la transmisión de esas inconsistencias en contra del contenido constitucional. A inhóspitos lugares ha llegado el Derecho, y ahora esta siendo conquistado por el constitucionalismo y en su logro, la constitucionalización del Derecho a través del método.

CAPÍTULO XXIV

DIFERENCIAS SUSTANCIALES Y PRÁCTICAS ENTRE INADMISIÓN, RECHAZO Y EXCLUSIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y/O EVIDENCIA FÍSICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

*Elsa Norma DELGADO RUEDA**

1. RESUMEN

En todos los Sistemas Penales que han existido a través de la Historia, la prueba ha sido el pilar fundamental en los procedimientos criminales; pues solo con ella se puede llevar el conocimiento al juez, para que pueda tomar una decisión acertada con la máxima aproximación para dirimir el conflicto sometido a su jurisdicción, de la manera más justa posible.

Pero, la prueba para que pueda ser de recibo en el proceso penal, donde existen en juego derechos y principios fundamentales tanto del presunto infractor de la ley sancionatoria, como lo es la libertad y sus derechos conexos; como también los de la víctima; a saber, el acceso a la justicia, la protección de su derecho conculcado y el resarcimiento del daño causado; requiere del estricto cumplimiento de requisitos tanto de licitud, legalidad, conducencia, pertinencias, idoneidad y validez entre otros.

* Abogada Penalista, egresada de la Universidad Santo Tomas. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas. Universidad de Salamanca de España. Magister Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas. Master en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Granada de España. Consultora-asesora independiente. Abogada litigante. Escritora de opinión periódico Argumentos. Escritora de opinión para la Revista Intertemas de la Universidad Prudente Toledo de Brasil. Directora Interinstitucional de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Con Estudios sobre Sistema Penal Acusatorio, en la Universidad Internacional de la Florida FIU- Miami elsan20@hotmail.com.

Solo si la prueba que se pretende hacer valer en juicio cumple con estos requisitos de naturaleza positiva, podrá ser admitida y decretada su práctica; de lo contrario, tendrá sanciones de naturaleza negativa, que será el tema en esta disertación.

En aras de respetar el contexto y por el espacio permitido, nos centraremos en el análisis de los conceptos de exclusión, rechazo e inadmisión de la prueba en el sistema Penal Acusatorio; haciendo unas referencias teóricas; pero también haciendo alusión al funcionamiento práctico en el desarrollo de las audiencias preparatorias, e indiscutiblemente con el referente constitucional que permite un avance y aplicación conforme a los lineamientos de un Estado garantista, pero sin hacer extensivo al amplio tema de que trata tanto la prueba en si, como los Elementos Materiales Probatorios y/o Evidencia Física.

2. CONCEPTO E IMPORTANCIA DEL TEMA

He considerado un tema de gran trascendencia práctico-jurídica para su tratamiento en el II Congreso Internacional de Justicia Constitucional, diferenciar tanto teórico como en la práctica del foro las instituciones de la exclusión, rechazo e inadmisión de los Elementos Materiales Probatorios o Evidencia Física en el Sistema Penal Acusatorio en Colombia.

Esto, por cuanto es muy usual que se confundan los tres conceptos; y, entonces se hable de manera indistinta de excluir, rechazar o inadmitir un Elemento cognoscitivo, como si se tratara de lo mismo. Y, no es así. Por lo menos en el sistema colombiano difieren los fundamentos, hechos y circunstancias jurídicas que hacen que una prueba sea excluida, rechazada o inadmitida, conllevando en la practica la pérdida de la oportunidad procesal para argumentar lo que se pretenda solicitar; y, por ser momentos preclusivos se corre el fatídico riesgo de no ser aceptada su solicitud, con graves consecuencias para el derecho o la defensa, si se trata de error del defensor; o para generar impunidad, si se trata de error fiscal (Abogado que representa al Estado).

Vale la pena advertir, que por ser un sistema adversarial, donde son los abogados (las partes) – Defensor- quien representa al indiciado , imputado o acusado,(dependiendo de etapa procesal-) , o fiscal , quien representa al Estado , es a ellas a quien les corresponde la carga de argumentar de manera debida sus solicitudes; pues si no lo hacen, sus peticiones serán desatendidas o rechazadas; ya que el juez como máximo garante en la protección de los derechos fundamentales e imparcialidad y objetividad que lo debe caracterizar, no puede corregir las falencias de los sujetos procesales, como desafortunadamente lo hacen algunos en la práctica; el hacerlo quebranta los principios de igualdad, objetividad e imparcialidad e igualdad de armas. Es por ello, que son las partes adversarias quienes deben argumentar de

manera eficaz, pertinente y oportuna, so pena de obtener resultados adversos, en manifiesto deterioro de los intereses de quien representan.

2.1. Que es la prueba

La doctrina, la jurisprudencia y la misma ley determinan distintas acepciones sobre la prueba, aunque esta última hace referencia más a los medios de prueba utilizados, que al concepto de prueba en materia penal. Aunque en realidad nuestro tema central es la exclusión, inadmisión o rechazo de Elementos Materiales Probatorios y/o Evidencia Física, por cuanto en la etapa procesal en que se ejecutan estos actos, aún no podemos hablar de prueba, pues a las luces del artículo 16 del C.P.P, solo se puede hablar de prueba aquella que ha sido introducida en un juicio oral, público, concentrado y contradictorio, si vamos a realizar algunas referencias a lo que es la prueba; pues al fin y al cabo estos actos que la preceden están forjando el camino para llegar a ella.

Definir cualquier materia, sabemos que no es fácil, por cuanto implica dar una explicación de manera exacta y clara; y esto, implica a veces limitar el campo de acción; por lo que muchos preferimos no definir sino dar conceptos; y, más aún en la teoría del Derecho donde los contenidos tienen diferentes interpretaciones.

No obstante lo anterior, no obsta para que podamos encontrar diferentes conceptos de prueba, que nos den una dirección hacia donde tenemos que seguir cuando a ella nos referimos en el Derecho Penal.

Es habitual que se confundan los términos de evidencia, elementos materiales probatorios, medios, de prueba medios cognitivos, con el concepto de la prueba misma.

Es importante advertir desde ya, que si bien, unos conceptos pueden ser contentivos de otros, o tener una estrecha relación vinculatoria, sustancialmente en el Sistema Penal Acusatorio se diferencian. Pues solo podemos referirnos a la prueba, a aquella que ha sido introducida oportunamente en la audiencia de juicio oral; público, contradictorio y concentrada con todas las garantías de imparcialidad y objetividad por parte del juez, como lo acabaos de anotar.

De ahí, que técnicamente no se deba hablar de prueba en las etapas de indagación e investigación (salvo la prueba anticipada, que se puede practicar solo en situaciones muy precisas y concretas); y con algunas imprecisiones que se encuentran en la ley, donde hablan indistintamente de prueba o elementos materiales probatorios o evidencia física. Pero, reitero

en el sistema penal acusatorio colombiano, prueba es solamente la aducida en juicio oral, antes son elementos de conocimiento o Medios Cognoscitivos como lo determina la ley procesal penal.

En el título II Capítulo único de la ley 906 de 2004 establece Medios Cognoscitivos en la indagación e investigación, y hace referencia entonces a los Elementos Probatorios, Evidencia Física e información¹ señala entonces el artículo 275.

“la << evidencia >> es uno de esos conceptos que es más fácil entender que expresar, en el sentido de que por muy cuidadosa y precisa que pueda ser su definición, es sin embargo

1. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;
- b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;
- c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;
- d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro de allanamiento, inspección corporal y registro personal;
- e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;
- f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;
- g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax, o similar, regulados por la ley 572 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;
- h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el fiscal general o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

PAR. ADICIONADO L. 1652/2013, art. 1. También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206 A de este mismo código.

Jurisprudencia- tutela- los requisitos para utilizar en la actuación penal evidencias obtenidas en otros procedimientos. “cuando la fiscalía pretender utilizar información obtenida por otras autoridades, se debe considerar:

1. Si esa información puede ser adquirida a través de nuevos actos de investigación, autorizados y regulados en el ordenamiento procesal penal. Para tales efectos, debe analizarse con sumo cuidado la posibilidad de obtener la evidencia según las necesidades investigativas, porque, a manera de ejemplo, los bienes u objetos que deben ser registrados pueden haber sufrido transformaciones que impidan establecer cuál era el estado de cosas para cuando intervino la otra autoridad que obtuvo la información, solo a partir de un análisis suficientemente profundo puede decirse si la Fiscalía podría, por su cuenta, obtener la información requerida.
2. En el evento de que no sea posible emprender la búsqueda de la información a través de nuevos actos de investigación, se debe establecer cuáles son los requisitos (si existen) para que la Fiscalía pueda servirse de la información obtenida por otras autoridades.

Ello implica, en primera medida, establecer si entre los mismos esta la intervención, a manera de control previo y/o posterior, del juez de control de garantías, o si la determinación de la licitud y/o legalidad de las evidencias le compete al funcionario ante quien pretendan utilizar (por ejemplo, en la audiencia preparatoria), bien a solicitud de parte o intervención de oficio, según lo indicado en precedencia.

Si se concluye que es necesario el control judicial (previo y/o posterior) cuando la fiscalía pretende utilizar información obtenida por otras autoridades, debe precisarse si el mismo recae solo sobre el acto de investigación ordenado por la fiscalía (por ejemplo, la obtención de copias de la información que reposa en la otra entidad), o si el escrutinio abarca, además las actividades realizadas por estas para acceder a esta información.

más fácilmente aprehendida por nuestro intelecto que expresada por el lenguaje del hombre: magis intellectupercepi, quam ex locutione exprimi posset (más se podría percibir con la inteligencia que expresar con la palabra...”²

Para este autor, como para muchos otros, al igual que ocurría en Colombia antes de la entrada en vigencia de la ley 904/2004, que dio origen legislativo al Sistema Penal Acusatorio, la evidencia era igual a la prueba, no existía una diferencia cognoscitiva, pues desde la etapa de indagación se hablaba indistintamente de prueba o evidencia, o elementos materiales probatorios e inclusive sobre medios de prueba.

De ahí, la importancia de ubicarnos temporo – espacialmente cuando acudamos a la doctrina o cualquier literatura sobre teoría del derecho, para evitar imprecisiones prácticas y teóricas. Pues tecnicismo, colombianismo o como se quiera interpretar en nuestro país ³ existen diferencias sustanciales en estos conceptos, para efecto de poder hablar de responsabilidad o inocencia del acusado. También por cuanto para cada etapa procesal se requiere una exigencia Filosófico-jurídica diferente.

Así para la imputación de cargos ⁴ se establece que el fiscal hará imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios y/o evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga, se habla en este estadio procesal de inferencia razonable soportada o fundamentada en esos Elementos Materiales Probatorios o evidencia Física que el Fiscal tiene en su poder, observemos que no se habla de prueba aún.

Por su parte el escrito de formulación de acusación exige otro fundamento lógico-jurídico⁵ a saber “ la probabilidad de verdad” que conduzca a afirmar que el delito existió y el imputado es autor o participe.

2. BRICHETTI, GIOVANNI, la “evidencia” en el Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa- América – Buenos Aires pág. 4.

3. Legislación Colombiana.

4. Art. 287 C.P.P. situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

5. Art. 336 C.P.P. presentación de la acusación. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios , evidencia física o información legalmente obtenida , se pueda afirmar, con probabilidad de verdad , que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe.

Ese fundamento debe estar soportado al igual que la imputación en Elementos Materiales Probatorios (E.M.P.) y/o evidencia física o en informes legalmente obtenidos. obsérvese que aún no se habla de prueba.

Ahora veamos algunos conceptos doctrinarios sobre prueba:

“ probar significa dar al juez la certeza del ser y del modo de ser de los hechos controvertidos”⁶

Por su parte tenemos: “ << en su acepción más genérica y puramente lógica , prueba quiere decir, a un mismo tiempo, a todo medio que produce un conocimiento cierto o probable a cerca de cualquier cosa>>”⁷

“... probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para si o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho...”

... trasladados estos criterios al proceso penal, ellos tienen valor en orden al conocimiento del delito y del delincuente y de todos los elementos que a ellos se refieren o que con ellos están vinculados; en este caso y en lo concurrente a la noción de prueba, no hay para que distinguir si esta fue suministrada por el juez o por las partes...”⁸ .

Por su parte Ellero define las pruebas como aquellas circunstancias sometidas a los sentidos del juez, que declaran las que son argumentos del juicio...”⁹

Como puede observarse, los diferentes autores al referirse a prueba, hablan las circunstancias, hechos, del conocimiento mismo, de lo que significa probar; otros para dar su concepto la clasifican, “la prueba puede ser considerada por dos aspectos, ya sea en cuanto a su naturaleza y a su presentación, ya en cuanto al efecto que origina en la mente de aquel ante quien ha sido aducida...”

... así como las facultades de percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, asimismo

6. Lessona, tratado de la prueba, 3ra edición, citado por Giovanni Brichetti

7. Romagnosi, *Vedute Fondamentali sull arte lógica*, libro III Cap. I. citado por Eugenio Florián; *De las Pruebas penales*, edit Temis, 1.982

8. Florian, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Editorial, Temis, 1.982.

- Es importante aclarar que esta acción de la prueba, estaba dada para un sistema diferente al Sistema Penal Acusatorio; por ello, se habla de prueba aportada por el juez.

9. Ellero: *Crítica Criminal*, en *Trattoti Criminali Bologna*, 1.875, citado por Giovanni Brichetti en *la Evidencia en el Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires.

las pruebas son el medio de aparición de las fuentes objetivas, o sea, de la verdad. La prueba es, pues, por este aspecto, el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu; y como este puede llegar en relación con un objeto y por intermedio de las pruebas, sea o la simple credibilidad, sea o la probabilidad, la certeza, tendremos entonces pruebas de credibilidad, pruebas de probabilidad y pruebas de certeza. Por lo tanto, la prueba en general es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano, con respecto a sus especiales estados de credibilidad, de probabilidad y de certeza...¹⁰

2.2. Fuentes constitucionales y legales de la prueba

Con un Derecho Penal constitucionalizado, en un Estado Social y Democrático de Derecho, no cabe duda, que tenemos que acudir a la fuente que lo sostiene como es la Carta Política. Como lo llamo Luigi Ferrajoli ¹¹ el derecho penal para su interpretación hoy, tenemos que acudir a la norma constitucional para mirar si sus postulados son respetuosos y se adecuan a los paradigmas constitucionales, por cuanto solo si esto sucede la norma penal puede considerarse legítima constitucionalmente; y podrá, entonces tener validez jurídica; si ello no sucede; perderá su legitimidad y validez, por tanto, no puede conformar el álbum de las leyes penales.

Cuando acudimos a la Constitución Política, para buscar el fundamento superior de la Prueba, encontramos que además de los principios fundamentales consagrados por los artículos 1° (dignidad humana, solidaridad), 4° (prevalencia de la constitución). encontramos el título II de los Derechos, las garantías y los deberes, donde se consagran Derechos Fundamentales; art 11° (derecho a la vida), art. 12° (prohibición de desaparición forzada, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), art. 13° (reafirmación de la libertad y principio de igualdad, protección por debilidad en su condición económica, física o mental), art. 15° (derecho a la intimidad personal, individual, familiar y al buen nombre), protección de bancos de datos en archivos de entidades públicas o privadas, art. 23° y siguientes, hasta llegar al artículo 29°. Que garantiza el debido proceso y con él la garantía de presentar y controvertir las pruebas; pero lo más destacado, es, que en su inciso final establece que será nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.¹²

10. FRAMARINO DEL MALATESTA, NICOLA, *lógica de las pruebas en Materia Criminal*. vol. I, Editorial Temis, 1.981, pag 95,96.

11. El Derecho Penal dentro del paradigma constitucional

12. Art. 29° constitución política de Colombia

El Derecho Penal de la Constitución, o derecho penal constitucionalizado es vital para entender como la prueba tiene que ceñirse al derecho penal constitucional , para marcar diferencia de aquél derecho penal que solo era considerado como forma jurídica y expresión vasta del *ius puniendi* o derecho a castigar, no sometido a un marco supralegal.

“históricamente el Derecho Penal, en tanto que forma jurídica del poder punitivo del Estado, ha sido visto con razón, sobre todo desde la ilustración y el pensamiento emancipador frente al antiguo régimen , como un puro poder material, represivo, expansivo e insaciable frente el cual la tarea política y jurídica más noble era ponerle limites, es decir, construir o desarrollar principios o postulados capaces de limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales.”¹³ .

De ahí la importancia, de destacar, que la prueba no escapa a ese consenso y necesidad que existe que el Estado para ejercer su derecho a castigar debe tener sus fines, métodos y objetivos delimitados; y así mismo, establecer los limites al poder judicial, sin poder dejar escapar un tema tan trascendental como lo es la prueba en el proceso penal, que para nadie es un secreto , que sea la acepción o definición por lo que se quiera optar, es si no el aspecto más importante , si muy trascendental para determinar los resultados de aquella noticia criminal , que bien por denuncia o por cualquier otro medio llegó a conocimiento del abogado que representa al Estado (fiscal) , y que está en la obligación de iniciar y proseguir la acción penal (art. 250 Carta Política), salvo que sea de aquellas conductas que requieran querrela u otra solicitud especial.

“... y esto es así porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas y, tanto el legislador que las elabora como el juez que las aplica , están vinculados por las prescripciones de la constitución, vinculación que, además, está garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es el Tribunal Constitucional, con poder para corregir a unos y otros...”¹⁴

la ley 906 de 2004, establece, la libertad probatoria; pero esa libertad implica, libertad en cuanto a los medios de prueba; no libertad frente a la recolección, marcación, embalaje y cadena de custodia, que el elemento material probatorio o evidencia física debe cumplir; para que una vez cumplido el trámite de aducción o introducción en el juicio oral pueda tener la potencialidad de convertirse en prueba legal y oportunamente allegada.

13. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO LUIS ARROYO ZAPATERO, NICOLAS GARCIA RIVAS, JUAN CARLOS FERRE OLIVE, JOSE RAMON SERRANO.

14. *Ibidem*, pág. 39

2.3. Exclusión, rechazo e inadmisión de los elementos matriales proatorios y/o evidencia física

Con la presentación por parte de la Fiscalía General de la Nación, o sus delegados del Escrito de Acusación se da inicio al descubrimiento probatorio. así lo establece, el artículo 337 en su numeral 5°¹⁵. aunque se mencione en el numeral 5° del referido artículo “el descubrimiento de las pruebas, a excepción de lo establecido en el literal b) sobre pruebas anticipadas, ha de entenderse como lo he venido señalando, que se refiere a E.M.P. y/o evidencia física.

Es de suma importancia, comenzar por este tema sobre el descubrimiento oportuno de Elementos Materiales Probatorios y/o Evidencia Física, por cuanto veremos en renglones próximos, que la ausencia de este requisito trae consecuencias procesales sancionatorias para la parte que omite hacerlo.

Es de advertir que igual obligación de descubrimiento le asiste al abogado defensor; solo que, éste tiene la oportunidad de iniciar o finalizar su descubrimiento en la audiencia preparatoria ; esto a las luces del artículo 356 numeral 2 de la ley 906 de 2004¹⁶.

Señalábamos que, el descubrimiento de Elementos Materiales Probatorios y/o evidencia física, por parte de la fiscalía inicia con la presentación del Escrito de acusación; pero viene a efectivizarse y hacerse realidad en la audiencia de formulación de acusación.

En el capítulo III del libro III título I de la ley 906¹⁷ se señala en el artículo 344 el inicio del descubrimiento, realmente como lo anotamos el inicio se ha dado con el Escrito

15. Art. 337 contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:

5. el descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

A. los hechos que no requieren prueba.

b. la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.

c. el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.

d. los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación

e. la indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.

f. los demás elementos favorables al acusado en poder de la fiscalía.

g. las declaraciones o deposiciones . la fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

16. artículo 356. Desarrollo de la audiencia preparatoria. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

2) que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

17. Ley 906 2004 art. 344..

de Acusación, por lo menos al enunciarlos . fijémonos como de nuevo el mismo código, habla de “prueba” en esta instancia procesal, aunque el capítulo titula “Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física; al desarrollar el tema el artículo 344 ibidem establece: inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba...”

2.3.1. De la exclusión

Habíamos visto, el imperativo señalado en el artículo 29 de la Carta Política, en su inciso final, donde desde el paradigma constitucional, toda prueba violatoria del debido proceso ostenta de plano la calidad de nula. También, señalábamos que la violación en el hallazgo, producción o recolección del elemento material probatorio y/o evidencia física.

Por su parte el artículo 23 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 906) establece: “cláusula de exclusión: “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales; será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas, que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.¹⁸

¹⁹La Corte Suprema de Justicia; ya desde antes de entrar en vigencia la ley 906/2004, se había pronunciado en sentencia de octubre 22 de 2003 dentro del radicado 16557 con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla, en el sentido de desarrollar e interpretar lo consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política; y entonces señalo de manera expresa la exclusión como principio, señala:

“en nuestro sistema probatorio rige por mandato constitucional el principio de exclusión (artículo 29, inciso ultimo de acuerdo con el cual la fórmula de solución cuando una prueba adolece de vicios que afectan su validez, porque los encargados de incorporarla emitieron dar cumplimiento a uno de estos pasos rituales; no es anular el proceso ,sino excluir del debate probatorio la prueba ilegalmente aducida , ...²⁰

Al abordar este tema es importante destacar algunos otros pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional Colombiana. Temas estos que tienen estrecha relación con el objetivo de esta ponencia.

18. Ley 906/2004.

19. Nos referimos como nuevo código de procedimiento penal, aunque es del 2004, para distinguir lo del anterior código de procedimiento penal (ley 600 de 2000) que aún esta vigente para hechos cometidos con anterioridad al 2004.

20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Por ello, he considerado importante hacer referencia a la forma como debe solicitarse; y, a su vez, el juez como debe hacer el pronunciamiento a cerca de la exclusión de la prueba que tiene que ser desechada por adolecer de vicios que le impiden tener validez, legalidad, licitud y eficacia dentro del proceso penal.

En el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, como lo hemos venido señalando la licitud probatoria tiene fundamento constitucional; y como debe suceder obviamente encontramos también su fundamento legal, como lo veremos en próximos acápite.

Pero de manera concreta, encontramos ya dentro del desarrollo del Juicio, es en el artículo 359 *ibídem*²¹ donde se establece de manera precisa el tema de Exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba; todo esto, dentro de la audiencia preparatoria, una vez efectuadas las solicitudes probatorias por parte del abogado que representa al Estado (Fiscalía), tanto las propias como las efectuados a nombre de la víctima, las solicitudes del abogado de la defensa e inclusive del Ministerio Público, el Juez o Magistrado según sea el caso dará la palabra en el mismo orden de las solicitudes para que presenten sus objeciones u oposiciones a las pruebas solicitadas por la contraparte, a fin de que hagan alguna manifestación de exclusión, inadmisión o rechazo, si existiere fundamento fáctico jurídico para efectuar tal oposición, objeción o inconformidad con lo solicitado por su adversario.

Es importante destacar, que tal como es el título de esta ponencia, los fundamentos difieren si se trata de solicitar exclusión, inadmisión o rechazo; y, la carga argumentativa le corresponde a la parte que se opone. Si la solicitud no es debidamente hecha y argumentada, será desestimada por el juez, quien está en la obligación de manifestarlo de manera explícita. Así lo señaló la Corte Constitucional.²²

“la exclusión de prueba debe ser explícita el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la asamblea constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La

21. Ley 906/2004.

22. Corte Constitucional – sentencia T. 453 de 22 de mayo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

exclusión de la prueba viciada exige que esta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando este decida ejercerla en el futuro habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la constitución”.

Si la fuente es constitucional y legal, como lo hemos aludido renglones atrás, es obligado acudir a esas fuentes fundantes. Por ello, tenemos que dirigirnos a lo señalado por el artículo 359 *ibidem*²³ si, el Elemento Material Probatorio y/o Evidencia Física adolece de vicios que le impiden tener futura capacidad probatoria por ilegal o ilícita; es decir, va en contravía de lo señalado en la Carta Política (art. 29, inciso final o en contra del fundamento de legalidad establecido por el art. 276 de la ley 906/2004 cuando establece “ LEGALIDAD”.

La legalidad del Elemento Material Probatorio y evidencia física depende, que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

Cuando se ha quebrantado este artículo la misma ley provee los mecanismos para evitar que prueba viciada ingrese o sea aducida al juicio oral.

Además, de lo que ya vimos que establece el artículo 23 de la ley 906 de 2004, encontramos que el artículo 360 *ibidem* señala: “ El juez excluirá la practica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.”²⁴

En similar protección señala el artículo 455 de la referida ley: “NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILICITA. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto,

23. ART. 359 DE LA LEY 906/2004. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.

24. Ley 906 de 2004. Nuevo Código de Procedimiento Penal.

los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

2.3.2. De la inadmisibilidad

Una vez efectuados las solicitudes probatorias; al igual que sucede, con la exclusión, si existe mérito, con la debida fundamentación Factivo- teórico la parte inconforme solicitará al Juez o Magistrado la inadmisibilidad del Elemento Material Probatorio y/o Evidencia Física si no se dan alguno o algunas de los presupuestos establecidos por el artículo 359 del código de Procedimiento Penal y 375 ibidem ²⁵ .

Es decir el Elemento Material de Prueba y/o evidencia física debe cumplir los requisitos de utilidad, pertinencia, necesidad, conducente. Para que sea admitido, de lo contrario se debe solicitar su inadmisibilidad, y el Juez o Magistrado así decidirlo. Si cumple los requisitos a voces del artículo 376 debe ser admitida. Señala el artículo 376 de la ley 906/2004: “ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido.
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio.
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

2.3.2.1. CONDUENCIA ²⁶

“Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho en asunto de derecho, referente al medio probatoria. Ejemplo, se pretende probar una compraventa con documento privado, no sirve porque la ley exige que sea por Escritura Pública...”

2.3.2.2. PERTINENCIA ²⁷

“Es el hecho que se pretende demostrar con la prueba que tenga una relación directa con el hecho investigado...”

25. Art. 359, 375 ley 906 / 2004.

26. Auto 25 de febrero 2015, Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

27. Auto 25 febrero 2018 C.S.J.

2.3.2.3. UTILIDAD²⁸

“Hace relación a que con la prueba pueda establecerse un hecho materia de controversia que aún no se encuentra demostrado con otra. Por ello, no se deben practicar pruebas que sobren, que sean superfluas, redundantes o corroborantes...”

2.3.3. DEL RECHAZO

En el Sistema Penal Acusatorio, es muy importante el descubrimiento de Elementos Materiales Probatorios y/o Evidencia Física de manera oportuna.

Como lo anotábamos al comienzo de esta disertación, es importante que las partes adversariales se den a conocer entre sí de manera oportuna, los Elementos Materiales Probatorios, informes recolectados o evidencia física que hayan sido obtenidas, recolectadas, embaladas y de ser necesario con la debida cadena de custodia, para que de esta manera se dé aplicación a los principios que rigen el descubrimiento probatorio como son lealtad, buena fe, igualdad, igualdad de armas, legalidad, derecho de defensa, entre otros, que hacen del proceso adversarial un proceso limpio; de lo contrario, los elementos de prueba y evidencia física provendrán de hontanares impuros, que hacen que al momento de pretender aducir la prueba esta carezca los requisitos que traen consecuencia necesaria el rechazo de la misma, por no haber cumplido con el requisito SINE QUANON de descubrimiento.

El fundamento legal lo encontramos en el artículo 344 de la ley 906 de 2004²⁹ donde se señala la obligación indiscutible del descubrimiento de Elementos Cognoscitivos que las partes hayan encontrado dentro de sus labores investigativas.

28. Auto 25 de febrero 2015

29. Artículo 344 ley 906/2004. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. a este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía. O a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento. La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

La misma normatividad procesal penal, contempla sanción a que es sometida la parte que ha infringido el cumplimiento de dicho descubrimiento.

Así, lo establece el artículo 346 *ibidem* al señalar:” SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACION DE INFORMACION DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO.

Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos.

Ya sea, con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidas al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables o la parte afectada. ³⁰

Por lo que hasta ahora se ha expuesto, podemos ir concluyendo, que el tema no es de poca importancia para evitar o bien impunidad , o lo contrario que por no tener una conceptualización clara del tema, se omitan obligaciones que traigan consecuencias negativas para los intereses del acusado; o que por no tener un concepto claro de los aspectos positivos como son la legalidad, la pertinencia, la conducencia, la utilidad y el descubrimiento se reciban como sanción los aspectos que podemos denominar como negativos a saber: la exclusión, la inadmisibilidad y el rechazo.

Finalmente, considero de gran envergadura jurídico- procesal, precisar un aspecto que poco es tenido en cuenta al momento de realizar las solicitudes probatorias; y, es el tener que definir de manera clara y precisa el solicitante con quien va a introducir al Elemento Material Probatorio; y si de testigos se trata establecer con absoluta claridad si es testigo de acreditación o de que clase de deponente se trata, el no hacerlo puede ser causal de inadmisión del Elemento Material Probatorio.

Pues el solo hecho que el elemento haya sido descubierta, y aun decretada la prueba, no significa que sea suficiente para aducirla o introducirla en el juicio oral, público, contradictorio, concentrado y frente a un juez imparcial.

La razón de ello, es que la parte interviniente puede exhibir dicho documento; pero, además, debe argumentar que lo va a utilizar para fines de reconocimiento o de acreditación,

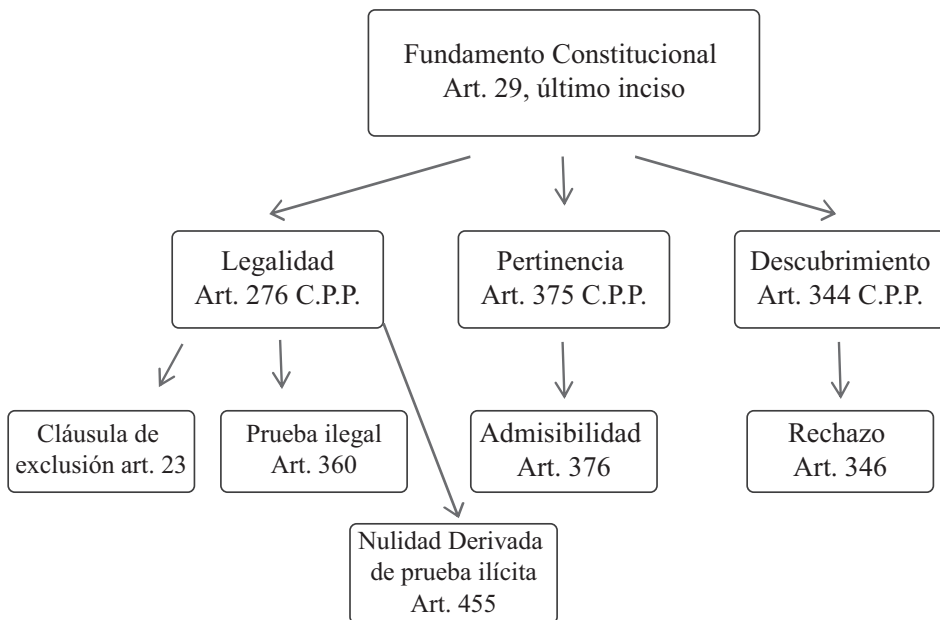
30. Nuevo Código de Procedimiento Penal

o en concreto y de manera específica como, con quien y para que solicita la aducción del medio cognoscitivo.

Por tanto no basta el simple hecho de cumplir con el descubrimiento, para que pueda abrirse paso automático a su incorporación, puesto que se debe determinar, repito, su acreditación y reconocimiento.

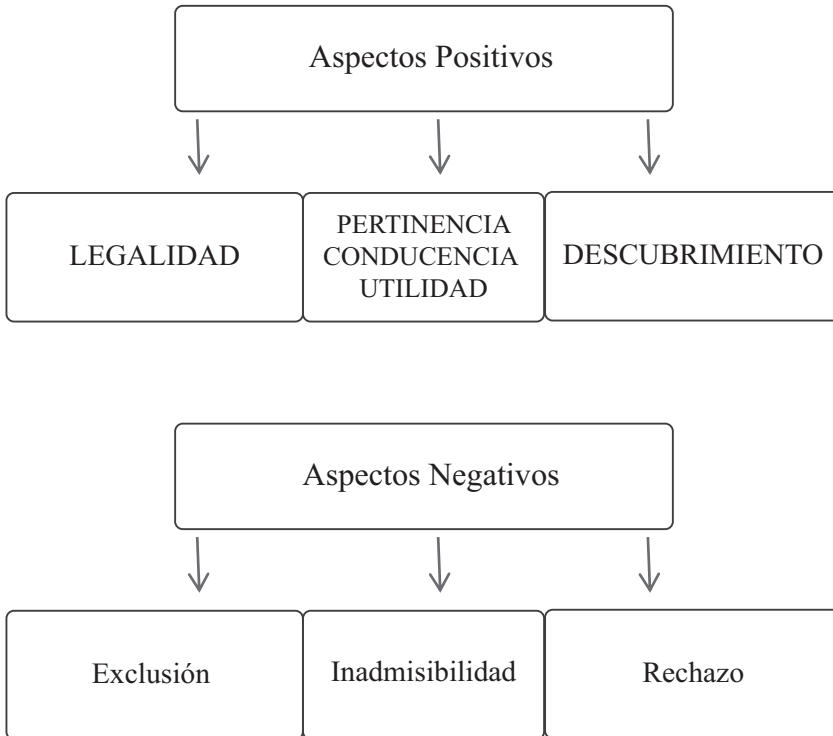
Lo anterior tiene sentido jurídico, ya que si nos remitimos a lo estatuido por el artículo 16 del de Procedimiento Penal, que hace alusión al principio de inmediación, al señalar: “**corregido .D. 2770/2004, art. 2° . Inmediación.** En el juicio únicamente se estimara como prueba la que haya sido introducida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías”³¹ .

Dicho articulado es concordante con lo estipulado en el artículo 377 *ibidem*, sobre el principio de publicidad que reza: “toda prueba se practicara en la audiencia de juicio oral. Y en público y en presencia de las partes intervinientes”³².



31. Ley 906 de 2004

32. Ley 906 de 2004



3. BIBLIOGRAFIA

- A. GOMEZ MENDEZ (ed.): Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización, ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.
- A. O. PEREZ PINZON: Introducción al Derecho Penal, ed. Gustavo Ibáñez, 4ª Edic. Bogotá, 2002.
- ARMIN KAUFMANN, teoría de las normas, traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
- C.A. GOMEZ PAVAJEAN, Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática penal, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.
- ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS SUAREZ GONZALES Y MANUEL CANCINO MELIA, un nuevo sistema del derecho penal, consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs. Edit. AD HOC, Buenos Aires, 1999.

- EMILIO OCTAVIO TOLEDO Y UBIETO, sobre el concepto de derecho penal, U. Complutense de Madrid, Madrid, 1984.
- E.R. ZAFFARONI: Derecho Penal, Parte General, ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- F. VELASQUEZ: Derecho Penal, Parte General, ed. Temis, 3ª ed. Bogotá, 1997.
- GUNTHER JAKOBS, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, traducción Joaquín cuello contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- GREGORIO ROBLES, Introducción a la teoría del derecho, ed. Debate, Barcelona, 1992.
- GREGORIO PECES- BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, Ed. Debate, Barcelona, 1993.
- GUNTER JAKOBS, sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional, traducción Manuel Cancio y Bernardo Feijoo, U. Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- K. TIEDEMANN: Constitución y Derecho Penal. Ed. Palestra, Lima 2003.
- HANS WELSEL, Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, ed. Ariel, Barcelona, 1962, Hay ed. De Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.
- I. BERDUGO, L. ARROYO, e al.: Lecciones de Derecho Penal, Parte General, ed. Praxis. Barcelona 1999.
- JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, Política Criminal en la dogmática, algunas cuestiones sobre su contenido y límites, Política Criminal y nuevo derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997.
- JORGE L. RODRIGUEZ, Lógica de los sistemas jurídicos, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2002.
- JURGUEN HABERMAS, Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Introducción y traducción Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

- JURGUEN HABERMAS, Teoría de la Acción comunicativa, tomo II, ed. Taurus, 1987.
- NIKLAS LUHMANN, Sistemas Sociales, lineamientos para una teoría general. Anthropos , Bogotá, u. Javeriana, 1998.
- RONALD DOWRKIN, Los Derechos en serio, ed. Ariel 5ª ed. 2002.
- RONALD DOWRKIN, El Imperio de la Justicia, ed. Gedisa, Barcelona, 1994.
- SANTISAGO MIR PUIG, Derecho Penal parte general, 5ª edición, 4ª reimpresión, Barcelona, 2001.

SEXTA PARTE
LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y SU
CONSTITUCIONALIZACIÓN

CAPÍTULO XXV

LIMITACIONES A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

*Juliana SÁNCHEZ VALLEJO**

*Luisa Fernanda BEDOYA RAMÍREZ***

1. INTRODUCCIÓN

La acción de tutela es un elemento fundamental para la defensa de los derechos en Colombia, lo anterior puede verse con el creciente número de tutelas que cada año se radican y que, en muchos casos, representan la única oportunidad de salvaguardar los derechos fundamentales. Ahora bien, con el paso del tiempo, esta acción se constituyó en un mecanismo para controvertir decisiones judiciales en las que el accionante consideraba que con el trámite dado o la decisión tomada se violaban sus derechos fundamentales. Ciertamente, en el contexto colombiano se presentaron vaivenes jurisprudenciales en torno a la procedencia de este tipo de tutela que, en todo caso, resulta ser excepcional. Finalmente, se entendería, gracias a la jurisprudencia constitucional, que sí es viable el trámite de estas tutelas, bajo unos condicionamientos muy específicos que casi convierten a la acción de tutela contra providencias judiciales en una especie de “casación constitucional”.

* Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Justicia Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario. Magister (C) en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad La Gran Colombia - Armenia. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y directora del capítulo Quindío. Docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia Armenia dentro del grupo de investigación en Derecho, Estado y Ciudadanía. Ex visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Email: sanchezvaljuliana@miugca.edu.co.

** Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia Armenia. Integrante del grupo de estudio en derecho procesal constitucional de la misma Universidad. Email: luisabedoya1997@gmail.com.

Al escenario mencionado, debemos sumarle el camino que se ha venido construyendo en Colombia para tratar de darle fin al conflicto armado interno. Los acuerdos de paz firmados entre el gobierno colombiano y las FARC-EP en el año 2016 conllevaron a una serie de trámites legislativos tendientes a su materialización, entre ellos, se encuentra el acto legislativo 01 de 2017, en el que se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, del cual hace parte la Jurisdicción Especial para la Paz.

Al constatar el contenido del acto legislativo mencionado se encuentra que existe una relación e influencia entre la regulación que se dio a la Jurisdicción Especial para la Paz y la acción de tutela contra providencias judiciales, particularmente las que sean emitidas por el Tribunal para la Paz. Por tanto, en el presente escrito se presentarán los resultados de una investigación jurídica y cualitativa que buscaba clarificar si se han establecido restricciones a la tutela contra providencias judiciales cuando éstas se presentan en los escenarios de justicia transicional, en específico, de las decisiones tomadas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz. Para el desarrollo de lo anterior, se partirá de la descripción de la procedencia de la acción de tutela contra providencias tras la expedición de la Constitución Política de 1991, para posteriormente abordar la manera en la que fue regulada esta institución en el acto legislativo 01 de 2017, a fin de concluir si se ha dado o no una limitación a este tipo de tutelas.

2. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Desde la creación de la Corte Constitucional en Colombia -como tribunal independiente de la Corte Suprema de Justicia-, fueron múltiples los casos en los que se debatía la posibilidad de presentar acciones de tutela contra providencias judiciales. Aunque el Decreto 2591 de 1991 lo permitía, muchos sectores consideraban que no era adecuado admitir dicho mecanismo en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, no obstante, en manos de la Corte Constitucional se dejó tan inquietante interrogante, y sin duda, las discusiones de esta corporación no fueron menos conflictivas que las suscitadas en el ámbito jurídico y académico. En principio, se sienta una posición un tanto ambigua con la sentencia C 543 de 1992, pues mientras se señalaba que por regla general no procedía este mecanismo, por lo otro lado, se deja la puerta abierta, aunque con carácter excepcional, diciéndose “con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente (...) se hace posible la acción de tutela respecto de actuaciones judiciales distintas de las providencias.”¹ Se afirmó, además, que al ser los jueces autoridades públicas, era factible acudir en acción de tutela contra sus decisiones siempre que éstas se configuraran como vías de hecho.

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 543 de 1992. 1 de octubre de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Ref.: Expedientes D-056 y D-092 (Acumulados).

Fue éste el principio de la procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales. La teoría de las vías de hecho², resultó ser por varios años la única opción a través de la cual se ventilaron estos asuntos constitucionales al encontrarse actuaciones “arbitrarias y caprichosas”³ de los jueces. Sin embargo, no fue una teoría plenamente aceptada en Colombia, de allí que se ocasionaran múltiples violaciones al acceso a la justicia⁴ ante un “choque de trenes” que tardaría varios años en solventarse. Es así como, la Corte Suprema de Justicia (sobre todo la Sala de Casación Laboral⁵) y el Consejo de Estado defendieron por largo tiempo la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Estas altas corporaciones -paradójicamente- justificaban su actuar en la sentencia C 543 de 1992, la cual interpretaban bajo el entendido que la propia Corte Constitucional había declarado inexecutable la tutela contra providencias judiciales, sin embargo, ésta en reiteradas ocasiones llamó la atención respecto a la indebida interpretación que tales altas corporaciones habían dado a la sentencia en mención, pues contrariamente a lo que ellas afirmaban la Corte Constitucional “lo que hizo en esa oportunidad fue excluir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaban la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias como regla general y no como excepción”⁶, motivo por el cual se han establecido los presupuestos para su procedencia excepcional. En consecuencia, el actuar correcto no es rechazar *in limine* la tutela sino evaluar el caso concreto para determinar si hay lugar a su procedencia⁷, como lo ha hecho en algunos casos la Sala de Casación Civil y Penal de la Corte Suprema, concluyéndose de esta manera que las altas cortes no pueden oponerse a la interpretación que la Corte Constitucional hace de su propia sentencia, pues es ésta quien está legitimada para darle alcance y sentido a la misma⁸.

2. Ibid.

3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-774 de 2004. 13 de agosto de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Referencia: expediente T-755292.

4. Sánchez Vallejo, Juliana. “El desarrollo del Acceso a la Administración de Justicia en Colombia: una visión comparativa entre la jurisprudencia de las altas cortes colombianas y los estándares interamericanos en esta materia”. En Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ed.), *El derecho de acceso a la justicia: perspectivas y desafíos para la construcción de un acervo interamericano*. Santiago de Chile, 2017.

5. Botero, Catalina y Jaramillo, Juan Fernando. “Una visión panorámica: El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”. En *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-. Bogotá, 2006.

6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 590 de 2005. 8 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-5428.

7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 1184 de 2001. 13 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre. Referencia: expediente: T-282730.

8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 590 de 2005. 8 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-5428.

En medio del conflicto descrito, se encontraban en otro extremo, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura defendiendo con contundencia la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Debe destacarse que la génesis del conflicto -es decir, de este “choque de trenes”- se hallaba precisamente en permitir que a través de este medio se “revisaran” las providencias de las Altas Cortes, circunstancia que parecía contradictoria si se tiene en cuenta su condición de órgano de cierre. A esto se le suma que, como se ha dicho antes, con la sentencia C 543 de 1992 se habían declarado inexequibles las disposiciones relativas a este tipo de acción, por lo que no eran claras las reglas por las cuales se regía, de allí que la Corte Constitucional fuera estableciendo una línea jurisprudencial al respecto que se complementó con las reglas de reparto que frente al tema determinó el decreto 1382 de 2000. No obstante, el conflicto descrito terminó redundando en la afectación al acceso a la justicia⁹ de quienes pretendían plantear una tutela contra providencia judicial, puesto que, en general, la Corte Suprema y el Consejo de Estado se negaban a conocer de las mismas, negándolas de plano sin conocer el fondo del asunto. Ante este panorama, la Corte Constitucional plantea una serie de opciones para los afectados, que iban desde poder presentar la tutela “ante cualquier juez unipersonal o colegiado o incluso ante una corporación judicial de la misma jerarquía que la Corte Suprema”¹⁰ -permitiendo que se presentaran ante las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura y del Consejo Superior de la Judicatura¹¹- hasta la posibilidad de solicitar “ante la Secretaría General de la Corte Constitucional que radique para selección la decisión proferida por la alta corte donde se haya concluido que la tutela era improcedente”¹².

Más de una década después de la sentencia C 543 de 1992, la posición de la Corte Constitucional frente a las tutelas contra providencias judiciales sería mucho más contundente y clara, -por lo menos en cuanto a los presupuestos requeridos para su procedencia-, lo cual era necesario no solo por su relación con el acceso a la justicia y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado¹³ sino también porque “la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios

9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 198 de 2013. 11 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-3258107.

10. Corte Constitucional de Colombia. Auto 004 de 2004. 3 de febrero de 2004. Referencia: Solicitudes de revisión de tutelas.

11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 230 de 2015. 29 de abril de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. Referencia: Expediente T- 3.558.256.

12. Corte Constitucional de Colombia. Auto 100 de 2008. 16 de abril de 2008. Referencia: Solicitud de cumplimiento del Auto 162 de 2007. Peticionario: Miguel Alfredo Paredes Villalobos.

13. Particularmente las relacionadas en el artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

y derechos del Estado social y democrático de derecho”¹⁴. De esta manera, se superaría el concepto de vía de hecho, bajo el entendido que la procedencia de este tipo de tutela no se da solo por la “transgresión burda de la Carta”¹⁵, sino también por una “decisión ilegítima” que va en contravía de los derechos fundamentales.

En este sentido, la sentencia C 590 de 2005 se constituiría en un excelente referente en la temática objeto de estudio. La Corte descarta el conflicto entre la procedencia de las tutelas contra providencias judiciales y la seguridad jurídica, pues esta última debe protegerse si las sentencias respetan los derechos fundamentales, de otra forma es factible la intercesión del juez constitucional, por supuesto, entendiéndose que es un mecanismo excepcional y que, como tal, está sujeto al cumplimiento de ciertos rigurosos requisitos que garanticen su procedencia dentro de un marco constitucional, a partir del cual pueda garantizarse tanto los derechos fundamentales como la seguridad jurídica y la autonomía e independencia que debe existir en la Rama Judicial. Estos requisitos son clasificados por la Corte en dos: unos generales “que habilitan la interposición de la tutela”¹⁶ y los segundos específicos que “tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto”¹⁷; es ésta la posición que mantiene hasta la actualidad, por lo que vale la pena revisar los presupuestos establecidos por el tribunal constitucional colombiano:

2.1. Requisitos generales de procedencia¹⁸:

2.1.1. Relevancia constitucional, es decir, el juez debe analizar si el asunto es importante desde el punto de vista constitucional, en consideración a la afectación de los derechos fundamentales, por tanto, este presupuesto se cumple fácilmente si se vislumbra, no una solicitud caprichosa de tutela, sino la posibilidad de salvaguardar los derechos del actor.

2.1.2. Deben agotarse los medios de defensa o recursos con los que cuente la persona afectada -ya sean ordinarios o extraordinarios-, esto, con motivo del carácter excepcional de esta acción. Ahora bien, esta regla puede ser obviada siempre que se pretenda evitar un perjuicio irremediable¹⁹.

14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 590 de 2005. 8 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-5428.

15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 060 de 2016.

16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 590 de 2005. 8 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-5428.

17. Ibid.

18. Ibid.

19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 504 de 2000. 8 de mayo de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Referencia: expediente: T-274430.

2.1.3. Inmediatez. Es un postulado que pretende garantizar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, por ello, la tutela debe presentarse “en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración”²⁰, pues ciertamente este factor no puede poner en riesgo la seguridad jurídica ni puede suplir la negligencia de las partes dentro de los procesos judiciales²¹. La jurisprudencia constitucional no ha establecido un término exacto para contabilizar la inmediatez, pero ha aclarado que pese a la inexistencia de un término de caducidad de la tutela²², el juez debe analizar en cada caso la “razonabilidad” del tiempo tomado por el actor para presentarla, en atención a la “urgencia manifiesta para proteger el derecho”²³, de manera que si se tiene dudas con este presupuesto se debe apreciar: “i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; ii) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y, iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados”²⁴. Más allá de lo anterior, la Corte ha indicado que en casos de sujetos de especial protección constitucional puede proceder la tutela por vía excepcional, aun si no se cumple este presupuesto, ya lo ha dispuesto en casos relativos a adultos mayores²⁵, madres cabeza de familia y menores de edad²⁶, personas en condición de discapacidad física²⁷ o mental²⁸ y personas en situación de desplazamiento forzoso²⁹.

20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 415 de 2015. 2 de julio de 2015. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: Expediente T-4367976.

21. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 001 de 2016. 13 de enero de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. Referencia: expediente T- 5.158.521.

22. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 961 de 1999. 1 de diciembre de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Acumulados Expedientes T-229.103 y T-237.605.

23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 730 de 2003. 22 de agosto de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente T-728078.

24. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1229 de 2000. 7 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente T-315433.

25. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 526 de 2005. 20 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente T-1047019.

26. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 593 de 2007. 2 de agosto de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente T-1553016.

27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 792 de 2007. 27 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente: T-1607980.

28. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 783 de 2009. 30 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente T-2374855.

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 299 de 2009. 27 de abril de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González. Referencia: Expediente T-2.116.013.

2.1.4. Ante una irregularidad procesal, ésta debe tener un impacto decisivo en las resueltas del proceso y en la afectación de los derechos fundamentales del actor³⁰.

2.1.5. Deben establecerse los hechos que llevaron a la vulneración de los derechos fundamentales y siempre que haya sido posible, la prueba de haberse alegado esta violación en el transcurso del proceso judicial³¹.

2.1.6. No puede tratarse de una acción de tutela contra tutela³². Ahora bien, este supuesto, aunque ha sido reiterado en múltiples oportunidades por la Corte Constitucional, también ha implicado el análisis de casos que han llevado a fijar excepciones a esta regla³³, por ejemplo, ante actuaciones arbitrarias de los jueces de tutela siempre que no se trate de “sentencias de tutela, sino en relación con incidentes de desacato³⁴, o contra “autos proferidos en el curso del proceso de tutela”³⁵, así mismo, de manera excepcionalísima, se ha admitido “la posibilidad de promover incidentes de nulidad contra las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, cuando se haya incurrido en irregularidades que implican la violación del derecho fundamental al debido proceso”³⁶.

2.2. Requisitos específicos:

Una vez se ha constatado el cumplimiento de todos los requisitos generales, debe comprobarse la presencia de al menos un requisito específico que tenga la entidad de generar una vulneración a los derechos fundamentales del actor³⁷, siendo estos:

30. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 415 de 2015. 2 de julio de 2015. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: Expediente T-4367976.

31. Ibid.

32. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 1219 de 2001. 21 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Referencia: expediente T-388435.

33. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 627 de 2015. 1 de octubre de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia: Expediente T- 4.496.402.

34. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 368 de 2005. 8 de abril de 2005. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. Referencia: expediente T-1014265.

35. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 474 de 2011. 13 de junio de 2011. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente T-2907244.

36. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 282 de 2009. 20 de abril de 2009. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Referencia: expediente T- 2081779.

37. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 415 de 2015. 2 de julio de 2015. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: Expediente T-4367976.

2.2.1. Defecto orgánico: Se trata de una extralimitación del juez, quien termina tomando una decisión para la cual no tiene competencia³⁸. Sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado que para que este defecto se consolide en una causal de tutela, con ella se debe quebrantar el debido proceso³⁹, por ejemplo, porque asume una competencia que no le corresponde, desconoce su propia competencia o “emite pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones.”⁴⁰

2.2.2. Defecto procedimental absoluto: El cual se presenta “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”⁴¹, su acaecimiento debe generar una violación al derecho de defensa de las partes⁴² y, por ende, al debido proceso. Para la Corte, este defecto suele darse cuando el operador judicial “pretermite las etapas propias del juicio, por ejemplo, omite la notificación de un acto que requiera de esta formalidad según la ley, o cuando pasa por alto realizar el debate probatorio”⁴³. Así mismo, cuando incurre en un excesivo ritual manifiesto⁴⁴ o en demoras injustificadas ya sea en la toma de decisiones o en su cumplimiento⁴⁵.

2.2.3. Defecto fáctico: En palabras de la Corte “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”⁴⁶, esto se termina traduciendo en una valoración probatoria arbitraria e irrazonable, circunstancia que no puede permitirse, en la medida que el *quid* de los procesos judiciales son precisamente

38. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 198 de 2013. 11 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-3258107.

39. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-446 de 2007. 30 de mayo de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas. Referencia: expediente T-1374305.

40. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-929 de 2008. 19 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente T-1.912.713.

41. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 198 de 2013. 11 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-3258107.

42. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-446 de 2007. 30 de mayo de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas. Referencia: expediente T-1374305.

43. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 198 de 2013. 11 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-3258107.

44. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1091 de 1998. 6 de noviembre de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Referencia: expediente T-1932179.

45. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 461 de 2016. 29 de agosto de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Referencia: expedientes T-5562292.

46. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 267 de 2013. 8 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Referencia: expediente T-3676921.

las pruebas, por lo que su valoración debe darse bajo “criterios objetivos y racionales”⁴⁷, tal como lo exige la sana crítica. Este defecto puede verse desde una dimensión positiva “que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello”⁴⁸ y desde una dimensión negativa cuando se omite la valoración de una prueba esencial al caso o simplemente no se decretó⁴⁹. Ahora bien, se ha precisado, además, que este defecto debe tratarse con suma prudencia⁵⁰, no debe pretenderse una nueva valoración probatoria, pues esto afectaría la autonomía e independencia judicial⁵¹, sobre todo cuando se trata de apreciar determinados tipos de pruebas en donde el principio de inmediación juega un rol relevante -es el caso de las pruebas testimoniales⁵²-. En definitiva, la prosperidad de este defecto dependerá de que el mismo sea evidente, tan manifiesto que salte a la vista del juez constitucional, no basta con que el actor difiera de la valoración dada por el juez de conocimiento⁵³.

2.2.4. Defecto material o sustantivo: La labor de los jueces lleva consigo una labor hermenéutica de las normas aplicables a un caso concreto, sin embargo, cuando dicha interpretación se convierte en una “desviación caprichosa y arbitraria de la ley”⁵⁴ se incurre en este defecto, tal es el caso de decisiones basadas en normas que no existen -por haber sido derogadas-, que fueron declaradas inconstitucionales o que respecto de las cuales existe un referente claro sobre la necesidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad (tal como ocurrió en su momento con el Decreto 1382 de 2000) o se trata de una norma que si bien está vigente no aplica al caso concreto⁵⁵.

47. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 198 de 2013. 11 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-3258107.

48. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 264 de 2009. 3 de abril de 2009. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-2.112.744.

49. Ibid.

50. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 949 de 2014. 4 de diciembre de 2014. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: Expediente T-3958606.

51. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 055 de 1997. 6 de febrero de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: Expediente T-108866.

52. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 590 de 2005. 8 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-5428.

53. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 198 de 2013. 11 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-3258107.

54. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 949 de 2014. 4 de diciembre de 2014. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: Expediente T-3958606.

55. Ibid.

2.2.5. Error inducido: Se trata de un defecto bastante particular, pues se parte de una decisión que es proferida con el lleno de los requisitos legales, respetando el debido proceso, sin embargo, termina afectando los derechos fundamentales de una de las partes involucradas, pues la providencia judicial fue “determinada o influenciada por aspectos externos al proceso, consistentes en fallas originadas en órganos estatales”⁵⁶.

2.2.6. Decisión sin motivación: Tal como su nombre lo indica, se presenta ante la ausencia “de los fundamentos fácticos y jurídicos”⁵⁷ de las decisiones judiciales, circunstancia que afecta “la legitimidad de su órbita funcional”⁵⁸ y redundante en una afectación al acceso a la justicia y al derecho a la defensa, toda vez que las partes difícilmente podrán plantear argumentos claros y contundentes en los recursos a que haya lugar, si se desconocen las razones que llevaron al administrador de justicia a proferir determinada decisión.

2.2.7. Desconocimiento del precedente: Se trata de un defecto en el que primeramente se debe constatar la existencia de un precedente que sea aplicable al caso concreto, de ser así, se verificará que el juez se haya apartado del precedente de manera arbitraria, por lo que “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados”⁵⁹. Ocurre, además, cuando un juez limita el alcance de un derecho, restringiendo la interpretación que sobre el mismo ha dado la Corte Constitucional⁶⁰.

2.2.8. Violación directa de la Constitución: Se trata de un defecto, a partir del cual la Corte Constitucional reconoce cómo los valores y principios constitucionales permean el ordenamiento jurídico. “Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución”⁶¹.

56. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 844 de 2011. 8 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente T-2.538.409.

57. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 395 de 2010. 24 de mayo de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente T-2.495.674.

58. Ibid.

59. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 590 de 2005. 8 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-5428.

60. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1031 de 2001. 27 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre. Referencia: expediente: T-454716.

61. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 1073 de 2012. 12 de diciembre de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. Referencia: expedientes T-2.707.711 y AC.

3. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

La decisión del Gobierno Nacional de firmar los Acuerdos de Paz con las FARC-EP llevaría a la necesidad de legislar en la materia para que las disposiciones pactadas pudieran darse en la realidad. De esta forma, el acto legislativo 01 de 2017 sería fundamental para el tratamiento tanto de las víctimas como de los victimarios, al establecer el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (en adelante SIVJRNR). Dentro de este sistema se contempló la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz como organismo de administración de justicia de carácter transitorio que “conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1o de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”⁶². Así, pues, se trata de una institución trascendental para el proceso de construcción y afianzamiento de la paz, ya que permitirá satisfacer los derechos de las víctimas no solo a la justicia sino también a la verdad⁶³.

Ahora bien, este acto legislativo también contempla la estructura que tendrá la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual se conforma por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Definición de las situaciones jurídicas; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva⁶⁴. Siendo, entonces, una jurisdicción independiente cuenta con un órgano de cierre, que es el Tribunal para la Paz. Respecto de este, se ha establecido su composición a partir de dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y una Sección de Estabilidad y Eficacia.

En cuanto a sus decisiones, a fin de garantizar la seguridad jurídica, se ha determinado que “todas las sentencias del Tribunal para la Paz, así como las resoluciones de las Salas de la JEP que definan situaciones jurídicas, harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad”. Precisamente respecto este último punto, la inmutabilidad,

62. Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 50.196. Artículo 5.

63. Ibid. Artículo 5.

64. Ibid. Artículo 7.

es que el acto legislativo 01 de 2017 incluyó serias limitaciones respecto a la acción de tutela contra providencias judiciales, al buscar establecer absoluta seguridad jurídica frente a las decisiones que se tomarán en estos escenarios. ¿Cuáles fueron esas disposiciones? ¿Limitaron de manera desproporcional la acción de tutela contra decisiones de la JEP? Para responder a lo anterior, se centrará la mirada en el artículo 8 del acto legislativo mencionado, de cuyo texto original se pueden extraer las siguientes reglas en la materia⁶⁵:

- La tutela contra decisiones tomadas dentro de la JEP será procedente únicamente por una manifiesta vía de hecho o cuando la violación o amenaza a un derecho fundamental se derive de la parte resolutive de una providencia judicial tomada al interior de dicho organismo, sin que existan más recursos que incoar ni otro mecanismo a través del cual solicitar la protección del derecho.
- La tutela contra providencia judicial será conocida de manera exclusiva por el Tribunal de Paz. Será competencia de la Sección de Revisión conocer de la primera instancia de este trámite, mientras que la sección de apelaciones conocerá de la segunda.
- Será procedente la revisión del fallo por la Corte Constitucional, sin embargo, se modifica la regla de revisión eventual, por una selección intencional, mediante la conformación de una Sala conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional y dos magistrados de la JEP, siendo procedente la selección del fallo bajo votación por unanimidad.
- La sentencia de revisión que emita la Corte Constitucional deberá darse en Sala Plena.
- Cuando la Corte Constitucional profiera su sentencia de revisión si encuentra una violación a un derecho fundamental, solo podrá declarar la violación sin posibilidad de anular, invalidar ni dejar sin efectos la providencia judicial, la cual deberá ser emitida nuevamente por la JEP en los términos que determine la Corte Constitucional.

De las reglas antes descritas, se denota de manera clara, en cuanto al proceso de selección, una modificación desproporcionada a la regla general de selección de las tutelas por parte de la Corte Constitucional, la cual de acuerdo con la Constitución Política efectúa una revisión eventual del fallo, mediante una selección sin restricciones, por lo que no está supeditada a que los magistrados por unanimidad decidan revisarla. Sin embargo, en el caso particular de la JEP, el acto legislativo previó una regla que en la práctica terminaba blindando por completo

65. *Ibid.* Artículo 8.

la posibilidad de que la Corte revisara sus fallos, pues de entrada -en el momento de la selección- se impone un requisito tan estricto que casi se imposibilita su cumplimiento, sobre todo teniendo en cuenta que al conformarse una sala para decidir sobre la selección del fallo, en donde participan dos magistrados de la JEP, se desdibuja el principio de imparcialidad, ya que no es probable que éstos busquen la modificación de sus propios fallos, por el contrario, probablemente terminarían ejerciendo una especie de veto a la hora de revisar sus providencias, lo cual llevaría a que no pueda realizarse un verdadero control inter orgánico de tales decisiones⁶⁶. Es justamente por esto que la Corte Constitucional mediante sentencia C 674 de 2017 declara inexecutable el apartado que contemplaba la manera en la que se debían seleccionar los fallos, dejando por tanto vigente, la selección eventual conforme lo contempla la Constitución Política. Es claro que los mecanismos de justicia transicional que adopte un Estado son relevantes para conjurar las masivas violaciones a los derechos humanos que han ocurrido en su territorio, sin embargo, no es posible, con la excusa de construir una paz estable y duradera, crear mecanismos o disposiciones normativas que eventualmente puedan también llevar a vulneración de derechos fundamentales o a resquebrajar el sistema de pesos y contrapesos. Es por ello que, la Corte Constitucional manifestó que “tampoco podrían sustraerse de este imperativo las instancias jurisdiccionales de transición. Primero, porque la construcción de una paz no exige, en modo alguno, la desactivación del sistema de frenos y contrapesos, y antes por el contrario, hace necesaria la preservación del marco democrático y de los mecanismos que protegen a la ciudadanía frente a los abusos de poder. Y segundo, porque la circunstancia de que la Jurisdicción Especial para la Paz sea un organismo de transición no la hace inmune al error ni al abuso de poder, por lo cual no resulta admisible desactivar los mecanismos de control a partir de una presunción de derecho sobre la validez y de las decisiones de dicha instancia jurisdiccional, cuando se trata de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales”⁶⁷

Adicionalmente, frente a las sentencias de revisión proferidas por la Corte Constitucional en relación con las providencias judiciales de la JEP, se habían establecido algunas restricciones en el acto legislativo 01 de 2017 en cuanto al alcance de las funciones y decisiones de la Corte Constitucional. De esta forma, se indicaba que si la Corte encontraba que efectivamente se había vulnerado un derecho fundamental podría declarar en su sentencia la existencia de dicha violación, sin embargo, le impedía a Corte anular, invalidar o dejar sin efectos las decisiones de la JEP, por lo que debía remitir a esta el proceso para que tomara otra vez

66. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 674 de 2017. 14 de noviembre de 2017. Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente RPZ-003.

67. *Ibid.*

la determinación conforme a los parámetros de la Corte, de manera que al constatarse el seguimiento de los lineamientos dados por la alta instancia constitucional no sería factible proferir una nueva sentencia de tutela.

Para la Corte Constitucional, las restricciones planteadas a sus funciones se tornaban excesivas, pues encuentra que

“(…) el único reducto de control inter orgánico previsto en el Acto Legislativo 01 de 2017 para las decisiones judiciales de la Jurisdicción Especial para la Paz es la acción de tutela, pero que sin embargo (sic), aunque en el citado instrumento se mantiene nominalmente la figura del amparo constitucional para controvertir sus providencias, su diseño procesal anula de plano su operatividad, y por esta vía elimina el sistema de frenos y contrapesos al poder en el contexto de dicho organismo transicional.

(…) En este orden de ideas, que tanto la primera como la segunda instancia en la acción de tutela contra las decisiones de la JEP se surtan en dicho organismo, y que la Corte Constitucional no pueda realizar un control efectivo a tales determinaciones, tiene como efecto que dicho dispositivo deja de ser un instrumento de control inter orgánico, y que las decisiones judiciales de la JEP se tornan virtualmente intangibles. No obstante, el modelo específico acogido en el Acto Legislativo 01 de 2017 para la selección y para la revisión de los fallos de tutela proferidos por el Tribunal de Paz, torna inoperante este mecanismo.

Dentro de este modelo, entonces, es la JEP, y no la propia Corte Constitucional, la que mantiene el poder decisorio sobre la selección de los fallos de tutela, y de esta suerte, la instancia controlada determina el espectro de decisiones que serán objeto de control (...) por vía del poder de veto que le fue otorgado.

Como puede advertirse, las potestades de la Corte Constitucional en este escenario son meramente indicativas y no tienen fuerza vinculante, ya que ésta únicamente tiene la facultad para indicar los puntos que deberían ser enmendados por la JEP, más no para resolver directamente la controversia judicial, y además, tampoco verificar o hacer cumplir sus indicaciones porque carece de las herramientas para ello, siendo esto potestativo de la JEP.

(…) Lo anterior se encuentra agravado por la circunstancia de que la desactivación de la acción de tutela en este escenario envuelve no solo la anulación del principio

de separación de poderes, sino también la de otros ejes definitorios del ordenamiento constitucional: la supremacía jerárquica de la Constitución, y el deber del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas.

En este caso, por el contrario, al quedar en suspenso las competencias de la Corte Constitucional en relación con la selección y la revisión de los fallos de tutela proferidos por la Jurisdicción Especial para la Paz, se elimina la garantía institucional de la supremacía constitucional, con lo cual también se sustituye este componente esencial del ordenamiento superior.

Y finalmente, como la acción de tutela constituye el dispositivo procesal por excelencia para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, su inactivación en el escenario de la Jurisdicción Especial para la Paz termina también por anular el deber del Estado de garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, deber que, según se indicó en los acápite anteriores, constituye también un elemento irremovible de la Carta Política⁶⁸.

Ahora bien, a pesar de las limitaciones -desproporcionadas- que se habían impuesto en el acto legislativo 01 de 2017 frente a la tutela contra providencias judiciales, la Corte Constitucional también encontró elementos que no requerían modificación alguna, por no contrariar el espíritu de la Constitución. De esta forma, consideró que no era inconstitucional que la competencia para conocer de este tipo de tutelas se hubiese concedido a la misma JEP, específicamente a la Sección de Revisión y a la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz (de manera similar a lo que ocurre en el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia), pues aunque en la práctica puede ser cuestionable el sistema “endogámico” por el que se resuelve la tutela contra providencias judiciales, lo cierto es que si se permite la revisión de estas decisiones por parte de la Corte Constitucional, esta considera que “se activa nuevamente la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Carta Política y de los derechos fundamentales de las personas que son destinatarias de las decisiones de la JEP”⁶⁹. De la misma manera, el requisito por el cual las sentencias de revisión deban ser expedidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional no pareció mal a esta última, quien por el contrario vislumbró que tal aspecto “brinda mayores garantías de legitimidad a los fallos que en este escenario profiera este Tribunal”⁷⁰.

68. Ibid.

69. Ibid.

70. Ibid.

Finalmente, se debe tener en cuenta que a pesar de la regulación dada en la norma frente al procedimiento de la tutela contra providencias judiciales de la JEP, existe un elemento que no fue mencionado dentro del mismo y son los requisitos de procedibilidad de la acción, pues, si bien es cierto se menciona que sí son procedentes ante vías de hecho o violaciones a los derechos fundamentales, lo cierto es que a la hora de conocer de una acción de este tipo se deberían considerar los parámetros jurisprudenciales tratados en el acápite anterior, donde se planteó el desarrollo actual de los requisitos generales y específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales no deberían excluirse del panorama de la JEP.

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La acción de tutela es un mecanismo constitucional que busca la protección de los derechos fundamentales, convirtiéndose en muchas ocasiones en el único medio para salvaguardarlos.

Dentro del escenario de protección de los derechos, se ha visto la necesidad de considerar que, en ocasiones, las decisiones judiciales terminan afectando derechos fundamentales, circunstancia en la que -de manera excepcional- podrá ser presentada una acción de tutela contra dicha providencia judicial, siempre que se cumplan los presupuestos generales y específicos que han sido desarrollados en la jurisprudencia constitucional. Ciertamente, un punto controversial respecto de la acción de tutela es su procedencia cuando se presenta contra providencias judiciales. Sin embargo, se trata de una materia que no debe ser tratada a la ligera, los sectores más radicales han buscado erradicar dicha posibilidad, empero, esto representaría un retroceso en términos de acceso a la justicia, en la medida que se ha podido constatar que muchos conflictos constitucionales que termina examinando la Corte Constitucional por causa de esta particular acción denotan que dentro del aparato jurisdiccional aún se cometen yerros que no podrían ser corregidos a menos que sea revisada por una alta corte, empero, pocos casos tienen la posibilidad de llegar hasta ellas. En gran parte de los procesos, el único medio a través del cual esto es posible es la tutela contra providencias judiciales. Claramente, debe insistirse en las exigencias que hasta el momento ha planteado la Corte Constitucional, pues se trata de una tutela que posee ciertas particularidades y exigencias jurídicas que imponen una suerte de carga al accionante, por lo menos en términos de conocimiento jurídico, pero terminan siendo indispensables para evitar amparos abiertamente injustificados.

Ahora bien, debido a las amplias críticas que ha tenido la tutela contra providencias judiciales por parte de algunos sectores políticos, académicos y judiciales, se han intentado establecer limitaciones a esta acción, tal como ocurrió en el acto legislativo 01 de 2017, en el que las restricciones eran tan notables que la Corte Constitucional decidió declarar

inexequibles los apartes que restaban suficiencia a la acción y que limitaban de manera excesiva el acceso a la justicia, particularmente, la manera en la que se había regulado la selección de la tutela, en donde se terminaba confiriendo un poder de veto a la JEP, al establecer que dos magistrados de dicha Corporación -que harían parte de una sala de selección- debían votar positivamente a la selección de la providencia, junto con otros dos magistrados de la Corte Constitucional. Asimismo, fue declarado inconstitucional la disposición por la cual se impedía a la Corte anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión tomada en la JEP, aspectos que contravenían el principio de separación de poderes y el control inter orgánico.

CAPÍTULO XXVI

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

*Lizbeth JAIME JAIME**

*Martin Humberto CASADIEGOS SANTANA***

*Ana María CARRASCAL VERGEL****

En este documento se analizará el desarrollo de la Jurisdicción Especial para la Paz en consonancia con las estipulaciones de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI o Corte), se pretende identificar si el desarrollo normativo de la JEP guarda consonancia con las estipulaciones del derecho internacional, determinando la posible competencia de la CPI en los delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano por parte de la fuerza Pública, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC y posibles particulares, que hayan perpetrado acciones que se enmarcan dentro de los crímenes de competencia de la CPI.

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL

La CPI, fue creada a través del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, con el objetivo de investigar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional¹, teniendo carácter complementario frente a las jurisdicciones penales nacionales².

* Directora del departamento de derecho y ciencias políticas de la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña. Abogada, Magíster en derechos humanos y democratización de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en docencia universitaria. ljaimej@ufpso.edu.co.

** Director del Plan de Estudios del programa de Derecho de la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña. Abogado, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo, Argentina y Especialista en derecho público. mhcasadiegoss@ufpso.edu.co.

*** Decana de la Facultad de Educación, Artes y Humanidades de la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña. Abogada, Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Magister en Derecho Público de la misma Institución y Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. amcarrascalv@ufpso.edu.co.

1. Estatuto de Roma. Preámbulo.
2. *Ibidem* artículo 1

Los artículos 5, 6, 7, y 8 del Estatuto de Roma establecen la competencia material de la Corte y el artículo 11 estipula su competencia territorial.

1.1. Competencia material de la Corte. La Corte tiene limitada³ su competencia material a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, el crimen de agresión, y el crimen de genocidio, definiendo cada delito en los siguientes términos:

- Genocidio. ... *se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (...)*⁴

Crímenes de lesa humanidad. ... *se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque **generalizado o sistemático** contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (en negrilla fuera de texto) (...)*⁵

- Los crímenes de lesa humanidad cuentan con dos características que los hacen crímenes diferentes a los crímenes de guerra, las cuales están incluidas dentro de su definición: ataque generalizado o sistemático. *El ataque generalizado* quiere decir que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. (...) El que los actos inhumanos se cometan de forma *sistemática* quiere decir que lo son aquellos cometidos como parte de un plan o política preconcebidos, excluyéndose los actos cometidos al azar. Dicho plan o política pueden estar dirigidos por gobiernos o por cualquier organización o grupo. (...)⁶

Crímenes de guerra. *La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. (...)*⁷

El estatuto de Roma divide los crímenes de guerra en crímenes que se desarrollan en conflictos armados internacionales CAI y en conflictos armados no internacionales CANI; para los CANI la Corte tiene competencia para las violaciones graves del artículo 3 común a

3. *Ibidem* artículo 5

4. *Ibidem* artículo 6

5. *Ibidem* artículo 7

6. Diccionario de acción humanitaria y acción al desarrollo. Recuperado de <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/47>

7. Estatuto de Roma. Artículo 8

los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁸, *no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos*⁹.

- Crimen de agresión. El Estatuto de Roma no tenía definido el delito de agresión acogiéndose a los indicado en el numeral 2 del artículo 5 de mencionado instrumento, el cual disponía: *2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.*

Teniendo en cuenta lo anterior la conferencia de Kampala, Uganda, aprobó la Resolución 06 del 11 de junio de 2010 a través de la cual se enmendó el Estatuto de Roma incorporando la definición del crimen de agresión en los siguientes términos:

*... una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: (...)*¹⁰

En la actualidad la CPI tiene competencia material en Colombia frente a los 4 crímenes anteriormente referidos.

1.2. Competencia temporal de la Corte en Colombia. El artículo 11 del Estatuto de Roma establece: *“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”*. Cabe resaltar, que

8. *Ibidem*, numeral 2, literal c, artículo 8.

9. *Ibidem*, numeral 2, literal d, artículo 8.

10. Resolución 06 del 11 de junio de 2010 aprobada por el conferencia de Kampala, Uganda.

la vigencia del Estatuto de Roma en Colombia debe ser estudiada frente a cada delito de su competencia.

- Crimen de genocidio y de lesa humanidad. El Estatuto de Roma fue promulgado el 17 de julio de 1998, Colombia aprobó mencionado estatuto a través de la ley 742 de 2002, del 5 de junio de 2002, ratificándolo el Presidente de la República el día 05 de agosto de 2002, entrando en vigor el 1 de noviembre de 2002, fecha en la que adquiere competencia la corte para el crimen de genocidio y de lesa humanidad.
- Crimen de agresión. En principio el crimen de agresión no fue definido por el Estatuto de Roma. La conferencia de Kampala, Uganda, del 11 de junio de 2010 aprobó la resolución 06 por la cual se enmendó el Estatuto de Roma incorporando la definición del mencionado crimen. La Corte tiene competencia en Colombia es a partir del 1 de enero de 2017.
- Crímenes de guerra. Como ya se había indicado el Estatuto de Roma entró en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002, esta vigencia es sólo para los crímenes de lesa humanidad y genocidio, para los crímenes de guerra Colombia se acogió al artículo 124 del Estatuto de Roma, aplazando la competencia de la Corte para estos delitos 7 años más, esto es 1 de noviembre de 2009.

COMPETENCIA TERRITORIAL DE LA CPI EN COLOMBIA		
CRIMEN DE GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD	CRIMEN DE AGRESIÓN	CRÍMENES DE GUERRA
1 de noviembre de 2002	1 de enero de 2017	1 de noviembre de 2009

1.3. Competencia personal ante la CPI. La responsabilidad ante la Corte es individual, como lo indica el numeral primero del artículo 25 del estatuto de Roma, *la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales*, siempre y cuando cometa uno o varios de los crímenes de su competencia.

Las condiciones para ser penalmente responsable las establece el numeral tercero del artículo en mención, en los siguientes términos:

- a) *Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;*
- b) *Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;*

- c) *Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;*
- d) *Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:*
 - i) *Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o*
 - ii) *A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;*
- e) *Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;*
- f) *Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.*

La excepción a la anterior regla la establece el artículo 25 del mencionado estatuto el cual excluye a los menores de 18 años de su competencia. No existe ninguna otra excepción para las investigaciones que pueda adelantar la CPI, es así como este organismo establece como improcedente que el investigado alegue ostentar o haber ostentado un cargo oficial¹¹ para eludir las labores de la Corte.

1.4. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. La responsabilidad de los jefes y otros superiores es conocida como responsabilidad del mando, esta responsabilidad la establece el Estatuto de Roma como responsabilidad in jure y responsabilidad de facto la cual está determinado en el literal a del artículo 28 reza: *El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar.*

11. Estatuto de Roma, Artículo 27. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2- Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. Es decir, la CPI tiene competencia para investigar a cualquier persona mayor de 18 años, de nacionalidad de los países que han ratificado el Estatuto de Roma, sin discriminar las posiciones que ostenten dentro de sus Estados.

El jefe militar	El que actúe efectivamente como jefe militar
IN JURE	DE FACTO

A estas formas de responsabilidad del mando el Estatuto de Roma le otorga las siguientes condiciones:

- a) *El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*
- i) *Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*
 - ii) *No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*
- b) *En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:*
- i) *Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*
 - ii) *Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y*
 - iii) *No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.¹²*

12. Estatuto de Roma, artículo 28.

1.5. Penas aplicables por la CPI. El artículo 77 del Estatuto de Roma establece que la corte podrá imponer penas principales y penas accesorias.

El término podrá ser definido como “*tener expedita la facultad o potencia de hacer algo*”¹³, es así como la corte tiene la facultad de imponer las siguientes penas principales:

- a) *La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o*
- b) *La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.*¹⁴

Como penas accesorias tiene la facultad de imponer:

- a) *Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;*
- b) *El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe*¹⁵.

La CPI solo tiene la facultad de imponer penas principales de reclusión a las personas naturales que hayan sido encontrados responsables de cometer crímenes de su competencia, el Estatuto de Roma no tiene ninguna otra forma de pena principal para este tipo de crímenes, que como ya se indicó son de trascendencia para la comunidad internacional. La reclusión se entiende como *encierro o prisión voluntaria o forzada*¹⁶, y para el caso se entiende como la privación física de la libertad de una persona natural.

2. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ - JEP

El 24 de noviembre del 2016, el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos suscribió el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera con el grupo guerrillero denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC; *el Acuerdo Final contiene los siguientes puntos, con sus correspondientes acuerdos, que pretenden contribuir a las transformaciones necesarias para sentar las bases de una paz estable y duradera. (...)*

13. Diccionario de la Real Academia Española, recuperado de <https://dle.rae.es/?id=TU1KCFY>.

14. Estatuto de Roma, artículo 77.

15. *Ibidem*.

16. Diccionario de la Real Academia Española, recuperado de <https://dle.rae.es/?id=VSSJhoB>

El Punto 1 “Reforma Rural Integral”, (...)

El Punto 2 “Participación política: Apertura democrática para construir la paz”. (...)

El Punto 3 “Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejarón de las Armas”. (...)

El Punto 4 “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”. (...)

El Punto 5 “Víctimas”. (...)

Punto 6 “Mecanismos de implementación y verificación” (...)¹⁷

El desarrollo del punto 5 que hace referencia a las víctimas, se lleva a cabo a través del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR), sistema que fue regulado en el Acto Legislativo 01 del 04 de abril de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

El Sistema integral estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición¹⁸.

El componente de justicia del SIVJRNR-se denomina Jurisdicción Especial para la Paz¹⁹

La justicia restaurativa será uno de los paradigmas orientadores de la JEP²⁰, *se trata de un enfoque abierto e inclusivo, orientado a reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por el delito u otros actos ilícitos, y/o reducir el riesgo de (mayor) daño. Ello se realiza*

17. PDF <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

18. Congreso de Colombia, Acto Legislativo 01 del 04 de abril de 2017.

19. Ley estatutaria 1957 de 2019, artículo 2.

20. Ley 1957 de 2019 artículo 4.

*mediante un proceso que involucra a todas las personas afectadas (víctimas, infractor y comunidad), llegando a un entendimiento (y acuerdo) sobre la reparación, en que se tienen en cuenta las relaciones entre las personas y las necesidades de justicia (Chapman, 2017), generalmente con la ayuda de una persona facilitadora*²¹.

2.1. Competencia material de la JEP. *La JEP es competente para conocer de los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, entendiéndose por tales todas aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió, cualquiera sea la calificación jurídica que se le haya otorgado previamente a la conducta. La relación con el conflicto abarcará conductas desarrolladas por miembros de la Fuerza Pública con o contra cualquier grupo armado ilegal, aunque no hayan suscrito el Acuerdo Final de Paz con el Gobierno Nacional.*²²

La JEP carece de competencia para los delitos establecidos en el artículo 23 de la ley 1820 de 2016 por los cuales la sala de amnistía puede conceder amnistías e indultos, el artículo en mención indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. CRITERIOS DE CONEXIDAD. La Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios:

- a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o*
- b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o*

21. Justicia restaurativa desde la criminología, Mapas para un viaje inicial. Gema Varona Martínez. Editorial Dykinson, S, L, pag 17. Madrid 2018, recuperado de <https://sibdigital.ufps.edu.co:2250/lib/ufpsosp/reader.action?docID=5757282&query=justicia%2Brestaurativa>

22. Ley 1957 de 2019 artículo 62.

c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

La Sala de Amnistía e Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso.

PARÁGRAFO. En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto **únicamente** los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

- a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amniables;*
- b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.*

Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

Se entenderá por “grave crimen de guerra” toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática.”

El anterior artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-007-18, del 1 de marzo de 2018, Magistrada Ponente Doctora Diana Fajardo Rivera, excepto las siguientes expresiones las cuales fueron declaradas inexecutable:

- Del primer inciso del parágrafo la expresión únicamente.
- Del literal a) la expresión graves.
- Todo el inciso segundo del literal b).

2.2. Competencia temporal de la JEP. Para establecer la competencia temporal de la JEP, el artículo 65 de la ley 1957 de 2019, remite al artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, *la JEP conocerá de las conductas cometidas con anterioridad al primero de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.*

2.3. Competencia personal de la JEP. De conformidad con el artículo 63 de la ley 1957 de 2019, *la JEP se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado. (...)Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, la JEP solo se aplicará a quienes hayan sido miembros de las organizaciones que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional. (...)*

Aunado a lo anterior para recibir el tratamiento especial de la JEP es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, tal como lo establece el artículo 20 de la ley de la ley estatutaria de la administración de justicia en la JEP.

En materia de la competencia personal se debe hacer alusión a la participación activa y determinante de terceros en los crímenes de competencia de la JEP, vinculación de estas personas que se llevó a cabo a través del acto legislativo 01 de 2016, que en su artículo 16 reza:

Artículo transitorio 16°. Competencia sobre terceros. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

*Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una **participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos:** el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el*

Estatuto de Roma. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados. (...). (En negrilla fuera de texto.

Si bien es cierto el acto legislativo en mención vincula a los terceros que hayan tenido participación en los delitos de competencia de la JEP, esta participación la eleva a que haya sido una participación activa o determinante.

Se excluyen de la responsabilidad penal las personas que hayan cometidos los crímenes de competencia de la JEP siendo menores de 18 años²³.

2.4. Responsabilidad del mando. La responsabilidad del mando está establecida en los términos del artículo 24 del acto legislativo 01 de 2017, el cual le otorga las siguientes características:

- Responsabilidad in jure
- Control efectivo de la conducta (antes, durante y después de la misma)
- Área de responsabilidad
- Capacidad legal y material de emitir órdenes
- Conocimiento actualizable
- Capacidad directa de tomar las medidas adecuadas

Las anteriores características deben coexistir para poder endilgar responsabilidad a los los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados.

2.5. Penas aplicables. El artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017, remite a los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1 .2 del Acuerdo Final, la función de la sanción es restaurativa y reparadora del daño causado por ende la pena es de restricción efectiva de libertad de residencia y movimiento y en ningún caso será cárcel o prisión.

23. Ley 1957 de 2019, artículo 64.

3. INFORME AMICUS CURIAE

En 11 de septiembre de 2017, el Presidente de la Corte Constitucional de Colombia invitó a la Fiscal de la Corte Penal Internacional (“CPI”), Fatou Bensouda, a presentar la opinión de la Fiscalía respecto de la legislación que implementa la Jurisdicción Especial para la Paz (“JEP”), actualmente sujeta a revisión constitucional. A la luz de la estrecha relación de trabajo que la Fiscalía tiene con el Estado colombiano y sus autoridades nacionales, la Fiscal presenta por medio del presente escrito los puntos de vista de la Fiscalía sobre determinados aspectos de la JEP, esperando que la información resultará de utilidad para la Corte Constitucional. La presentación de la Fiscalía está dirigida a contribuir al análisis de la legislación nacional por parte de la Corte Constitucional, en la medida en que plantea cuestiones de consistencia y compatibilidad con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma. 2. El presente escrito de Amicus Curiae aborda cuatro aspectos del marco de la JEP, regulado por el Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 (“Acto Legislativo 01”) y la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 (“Ley de Amnistía”), a saber: la definición de responsabilidad del mando; la definición de graves crímenes de guerra; la determinación de la “participación activa o determinante” en los crímenes; y la “restricción efectiva de libertades y derechos”.²⁴

3.1. Responsabilidad del mando. La fiscal de la CPI, analizó las condiciones de la responsabilidad del mando en consideración al Estatuto de Roma, y la responsabilidad del mando establecida en la implementación de la JEP.

A continuación se llevará a cabo un paralelo entre las responsabilidades establecidas en el Estatuto de Roma y la JEP, considerando las afirmaciones de la Fiscal de la CPI en el escrito de amicus curiae.

24. Escrito de amicus curiae de la fiscal de la corte penal internacional sobre la jurisdicción especial para la paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de fecha 18 de octubre de 2017.

Derecho internacional consuetudinario y Estatuto de Roma	Acto legislativo 01 de 2017
Responsabilidad in jure y de facto	Responsabilidad in jure
Mando o control de los subordinados	Control efectivo de la conducta (antes, durante y después de la misma)
	Área de responsabilidad
Capacidad material de prevenir o castigar los crímenes de sus subordinados	Capacidad legal y material de emitir órdenes
Hubiere sabido o debido saber	Conocimiento actualizable
Omitir actuación	Capacidad directa de tomar las medidas adecuadas

Como podemos ver, existen diferencias sustanciales frente a la responsabilidad del mando establecida por el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma y la responsabilidad del mando establecida por la JEP, es así como *la definición de responsabilidad del mando incluida en el Acto Legislativo 01 se aparta del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales. La definición parecería revivir consideraciones de jure para establecer si un superior podría ser considerado responsable por no haber prevenido o castigado a sus subordinados, y podría dar lugar a la sustracción de la responsabilidad penal de individuos que tienen la mayor responsabilidad por actos atroces.*²⁵

3.2. La definición de graves crímenes de guerra. Frente a este tema la Fiscal presentó sus consideraciones teniendo en cuenta lo establecido en el inciso segundo del literal b del artículo 23 de la ley 1820 de 2016, como ya se indicó este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-007-18, del 1 de marzo de 2018, Magistrada Ponente Doctora Diana Fajardo Rivera, sentencia que fue proferida después de publicado el Escrito de amicus curiae de la fiscal de la CPI, de fecha 18 de octubre de 2017.

25. Ibidem. Pág.22

3.3. La determinación de la “participación activa o determinante” en los crímenes.

Frente a este respecto la Fiscal de la CPI, indicó: “(...). *Con arreglo al derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad por complicidad, basta con que una persona brinde asistencia práctica, aliento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración de los crímenes. En particular, la contribución del cómplice no necesita ser una conditio sine qua non, ni necesita estar dirigida específicamente a la comisión de los crímenes. Por ejemplo, si una empresa privada financia a un grupo armado involucrado en la comisión de los crímenes, es irrelevante si el apoyo económico estaba específicamente dirigido a la comisión de los crímenes o apuntaba a la supervivencia del grupo. Tampoco es relevante si apoyar al grupo armado es el objetivo principal de la empresa. Basta con que contribuya sustancialmente a los crímenes, en forma directa o indirecta. Para ser consistente con el derecho internacional consuetudinario, las expresiones activa, eficaz y decisiva deberán interpretarse en ese sentido.* (...)”²⁶

3.4. Restricciones efectivas de libertades y derechos. La JEP establece la restricción efectiva de libertad de residencia y movimiento y en ningún caso será cárcel o prisión, mientras que el Estatuto de Roma establece la prisión como pena principal aplicable.

La Fiscal de la CPI, indica frente a este tema lo siguiente: *La efectividad de las penas que conllevan restricciones de libertades y derechos con arreglo a la JEP dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustren el objeto y fin de la pena.*²⁷

4. INVESTIGACIONES ADELANTADAS POR LA CPI

El informe de amicus curiae hace la siguiente aclaración: *El objetivo de esta presentación se circunscribe a brindar los puntos de vista de la Fiscalía sobre aspectos relevantes para la interpretación del Estatuto de Roma, sin conocer los detalles de casos específicos que puedan estar siendo analizados por las autoridades nacionales, ni prejuzgando su resultado.*²⁸

26. Escrito de amicus curiae de la fiscal de la corte penal internacional sobre la jurisdicción especial para la paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de fecha 18 de octubre de 2017. Pág 19.

27. Ibidem pág 22.

28. Ibidem pág 2.

La CPI, presentó el Informe sobre las actividades de examen preliminar 2018, para Colombia, dentro del cual hace referencia a los procedimientos que está adelantando y refiere los siguientes:

1. Procedimientos relativos a los casos de falsos positivos.
2. Procedimientos relativos a desplazamientos forzosos.
3. Procedimientos relativos a crímenes sexuales y por motivos de género.

5. CONCLUSIONES

La CPI tiene competencia para adelantar investigaciones en Colombia frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, de conformidad con la competencia territorial estudiada en este documento.

En la actualidad la CPI adelanta exámenes preliminares frente a Procedimientos relativos a los casos de falsos positivos, Procedimientos relativos a desplazamientos forzosos y Procedimientos relativos a crímenes sexuales y por motivos de género.

La CPI continuará examinando la implementación de la JEP, de conformidad con las aclaraciones realizadas en el escrito de amicus curiae.

CAPÍTULO XXVII

CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO COLOMBIANO: LA REFORMA RURAL INTEGRAL, DESARROLLADA A TRAVÉS DEL PROGRAMA NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN DE CULTIVOS ILÍCITOS EN EL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER

*Luis Eduardo TRUJILLO TOSCANO**

1. RESUMEN

A partir del Acuerdo de Paz y en el marco de la Reforma Rural Integral, el Gobierno Nacional establece la responsabilidad de movilizar las transformaciones estructurales que el campo colombiano requiere en procura de mejorar su desarrollo y cerrar las brechas entre el campo y la ciudad, creando y/o fortaleciendo las condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural. En virtud de lo anterior, este documento pretende mostrar la importancia del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (en adelante PNIS) en el Departamento de Norte de Santander. Creados para contribuir a revertir los efectos del conflicto armado interno y a cambiar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio, así como, a solucionar las causas históricas del conflicto.

2. INTRODUCCIÓN

El encuentro exploratorio realizado en la Habana Cuba en el año 2012, entre los delegados del gobierno colombiano y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo, (en adelante FARC-EP), fue el inicio de cuatro años de un proceso de

* Abogado especialista en Derecho Laboral, Magister scientiarum en Orientación M. Laboral, Docente investigador de la Universidad de la Francisco de Paula Santander, donde dirige la cátedra de Derecho Constitucional, el Grupo de Investigación Jurídico Comercial y fronterizo GIJCF y el Dpto. académico de Derecho y además es director del capítulo Norte de Santander de la Asociación Colombiana de Justicia Constitucional. letrujil@ufps.edu.co

diálogos y discusiones hasta la consecución de la firma del Acuerdo Final para la Paz. En este documento se desarrollan diferentes puntos planteados inicialmente en el Acuerdo General y desarrollados uno a uno en el documento final; todos encaminados a buscar soluciones a los problemas más importantes y que se consideraban habían generado el grupo guerrillero en el país.

Uno de los temas más álgidos dentro de las discusiones ha sido el tema de los cultivos ilícitos, por lo que se reconoce la necesidad de asumir el problema de las drogas ilícitas como un asunto multidimensional que debía ser analizado en conjunto, desde la siembra, procesamiento y comercialización hasta el consumo. Teniendo en cuenta, además, que, para erradicar el problema, deben solucionarse cada una de las causas adyacentes, que históricamente han permitido el arraigo de los cultivos de uso ilícito y el negocio del narcotráfico. Pues, a pesar de haber existido múltiples programas encaminados en remediar el problema, por parte de diferentes gobiernos, los resultados obtenidos no han sido los esperados por cuanto estos suelen atacar solamente algunos de los muchos factores que influyen en la permanencia de los cultivos de uso ilícito; como han sido, los programas de erradicación forzosa a través de la fumigación aérea y la erradicación Manual por parte de la fuerza pública.

Con base en lo anterior, se creó el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (en adelante PNIS), enfocado en transformar cada uno de los factores que históricamente han conllevado a expansión de los cultivos ilícitos. Comprende la sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito, el desarrollo sostenible, la formalización de la propiedad rural, acceso y uso de tierras, el fortalecimiento de la presencia estatal en los territorios, la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico, y la visión del consumo con un enfoque de salud pública.

Además, este tipo de actividades ilícitas no sólo afectan la economía del país, sino que, además, conlleva a una serie de problemas como el desplazamiento forzado, homicidios, despojo de tierras, aumento de la pobreza, entre otros fenómenos sociales que han surgido como resultado de la lucha por el control del territorio y del negocio de la cocaína y cuyos principales protagonistas son las disidencias de las FARC, los paramilitares, las bandas criminales (BACRIM), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Ejército Popular de Liberación (EPL).

Lo anterior aunado al abandono estatal y la ausencia de actores privados que aporten a mejorar las condiciones del contexto social y económico, lo que ha permitido que los cultivos de coca se arraiguen como el principal medio de subsistencia de muchos pobladores de la

región. Sin embargo, la transformación planteada en el programa solo es posible con el compromiso de los campesinos y la voluntad del Gobierno de cumplir con lo acordado

Por lo anterior, se planteó la presente investigación con el fin de conocer de manera detallada la reglamentación y etapas de implementación del PNIS, y como han sido la implementación en el Departamento de Norte de Santander.

3. CARACTERÍSTICAS DEL PNIS

Se identifica que como consecuencia de las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC, en lo referente al problema de las drogas de uso ilícito, las partes reconocen la excepcional relevancia que han tenido los cultivos ilícitos en el desarrollo del conflicto armado interno colombiano, y la relación directa que existe entre la producción, transformación y comercialización de la hoja de coca con la pobreza, inequidad, marginalidad, violencia, debilidad estatal y el fortalecimiento de las organizaciones al margen de la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el objetivo de alcanzar una paz estable y duradera, las partes se comprometieron a poner en marcha un mecanismo que solucione de manera integral y definitiva el problema de las drogas ilícitas, cuyo pilar fundamental es el PNIS, que además actúa de manera conjunta con los Planes Integrales Comunitarios y Municipales de Sustitución y Desarrollo Alternativo (PISDA), los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los Planes de Acción para la Transformación Regional que de estos se deriven. Al mismo tiempo, se encuentra ligado de forma estrecha e inescindible a la transformación estructural del campo que se plantea en el Punto 1 del Acuerdo de Paz. El PNIS, por estar integrado a la RRI, comparte sus mismos principios, los cuales están enfocados en crear condiciones de bienestar para la población rural, con el fin superior de suprimir las condiciones que históricamente han facilitado la permanencia de la violencia en los territorios y han provocado la exclusión y el atraso de las comunidades campesinas, entre estas, por supuesto, la persistencia de los cultivos de uso ilícito.

A través del Decreto Ley 896 del 2017, se crea el PNIS, el cual, define la responsabilidad de su ejecución a cargo de la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos adscrita a la Alta Consejería Presidencial para el Postconflicto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y cuyo objetivo es “promover la sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito, a través del desarrollo de programas y proyectos para contribuir a la superación de condiciones de pobreza y marginalidad de las familias campesinas que derivan su subsistencia de los cultivos de uso ilícito”.

Este Decreto Ley también determina que las instancias responsables de la ejecución del programa serán las siguientes:

- Junta de Direccionamiento Estratégico.
- Dirección General, a cargo de la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos adscrita a la Alta Consejería Presidencial para el Postconflicto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- Consejo Permanente de Dirección. De la misma forma, esta norma dispone que las instancias que llevarán a cabo la coordinación y gestión del PNIS, serán las siguientes:
- Consejos Asesores Territoriales (CAT).
- Comisiones municipales de planeación participativa.
- Consejos municipales de evaluación y seguimiento.

En lo referente a la participación de las entidades del orden nacional en el PNIS, esta norma establece que deberán participar en la construcción, desarrollo y ejecución del programa, por esta razón, deben priorizar los recursos destinados para tal fin de acuerdo con las disponibilidades presupuestales establecidas en el Marco de Gasto de Mediano Plazo.

Resuelve también el decreto, que serán beneficiarias del PNIS las familias campesinas en situación de pobreza que derivan su subsistencia de los cultivos de uso ilícito, que voluntariamente se comprometan a la sustitución de dichos cultivos, a la no resiembra, ni a estar involucradas en labores asociadas a estos, y que no hayan realizado siembras posteriores al 10 de julio de 2016.

Asimismo, establece los siguientes elementos para el desarrollo del PNIS:

- Las condiciones de seguridad para las comunidades y los territorios afectados por los cultivos de uso ilícito.
- Los PISDA.
- Los acuerdos de sustitución celebrados con las comunidades.
- La priorización de territorios.
- El tratamiento penal diferencial.

Por su parte, el Decreto Ley precisa que corresponde al Gobierno Nacional diseñar las medidas especiales que garanticen la seguridad de las comunidades que se acojan al programa, así como el agrupamiento y sistematización, en cabeza del PNIS, de los acuerdos que en materia de sustitución de cultivos ilícitos se hubieren celebrado por otras entidades, haciendo énfasis en la necesidad de coordinar el trabajo de todas las entidades del Gobierno, involucradas en la implementación.¹

Asimismo, el Decreto 362 del 2018, reglamenta las instancias de ejecución, coordinación y gestión del PNIS, y al mismo tiempo crea la Junta de Direccionamiento Estratégico como un escenario de diálogo, orientación, evaluación y monitoreo de la gestión e implementación del PNIS, constituida de la siguiente manera: Cuatro representantes del Gobierno Nacional de alto nivel, uno de los cuales la presidirá y Cuatro representantes designados por el Consejo Nacional de Reincorporación, con el fin de propiciar la reincorporación de las FARC a través de la implementación del PNIS.

Para alcanzar los objetivos propuestos en el programa, resulta necesario generar condiciones de bienestar y buen vivir para todas las personas asociadas a los cultivos de uso ilícito, las cuales se articulan con los planes y compromisos de la RRI, y están enfocadas al acceso y formalización de la propiedad, adecuación de tierras, vivienda, asistencia técnica, estímulos a la economía solidaria y cooperativa, subsidios, generación de ingresos y crédito, mercadeo y comercialización, programas de compras estatales, la provisión de bienes y servicios públicos, y la vinculación de líderes y lideresas comunitarias.

El Gobierno Nacional se compromete a garantizar la seguridad de las personas que se acogen al programa, tomando acciones encaminadas al fortalecimiento institucional para hacerle frente a las coacciones o amenazas que puedan surgir en el transcurso del proceso de implementación, el desminado y limpieza de las zonas que hubieren sido afectadas por las minas antipersonales y las municiones sin explotar.

Otra parte fundamental de este punto, son los acuerdos voluntarios concertados con las

1. El Decreto en mención, reitera que el PNIS tiene una cobertura nacional, sin embargo, su implementación iniciará conforme a los subsiguientes criterios: Zonas priorizadas en el marco de los PDET; Densidad de cultivos de uso ilícito y de población; Parques Nacionales Naturales según la normatividad vigente; Comunidades que se hayan acogido al tratamiento penal diferencial. Por otra parte, la norma decreta que el PNIS promoverá la sustitución voluntaria de los cultivos de uso ilícito mediante el impulso de los PISDA, los cuales, a su vez tendrán en cuenta los siguientes componentes: Los PAI que desarrollan los acuerdos celebrados con las comunidades. Las obras de Infraestructura rápida. El componente de sostenibilidad y recuperación ambiental. El plan de formalización de la propiedad. Los planes para zonas apartadas y con baja concentración de población. Los cronogramas, metas e indicadores. Por último, el Decreto Ley establece que los PISDA deberán integrarse, cuando ello sea necesario, a los PDET, e igualmente delimita la vigencia de ambos programas en un plazo de 10 años.

comunidades, que, por su mismo carácter, respaldan el interés de estas por cumplir con lo pactado, uniendo esfuerzos con las entidades territoriales y las instituciones gubernamentales para así obtener los resultados que se proponen.

- Entre los principales compromisos adquiridos entre el Gobierno y las comunidades se encuentran:
- Por parte de las comunidades: La sustitución voluntaria; no resiembra; no participar en la siembra de cultivos de uso ilícito; no intervenir en el comercio de cultivos ilícitos, sus materias primas o derivados.

Por parte del Gobierno: Ejecutar los Planes de Atención Inmediata (PAI). Desarrollar los Planes Integrales municipales y comunitarios de Sustitución y Desarrollo Alternativo (en adelante PISDA).

3.1. Articulación entre el PNIS y los PISDA

El PNIS se encuentra estrechamente ligado a los planes y programas de la RRI, entre estos los PISDA, lo que se traduce en la participación de las comunidades involucradas con los cultivos ilícitos, en el seguimiento e implementación de estos planes, para así alcanzar los objetivos planteados por el PNIS, de lograr una transformación estructural del territorio y solucionar de manera definitiva el problema de las drogas ilícitas en Colombia. Para obtener los resultados que se esperan, las partes decidieron poner en marcha un programa que incluye:

Asambleas Comunitarias: Las cuales buscan fortalecer la participación efectiva de las comunidades, para que sean ellos mismos quienes formulen propuestas que contengan una visión integral del territorio, sus características sociales, económicas y ambientales e identifiquen necesidades, oportunidades y prioridades en el marco del PNIS, y para que posteriormente realicen el respectivo seguimiento al programa.

Planes Integrales municipales y comunitarios de Sustitución y Desarrollo Alternativo (PISDA): Las propuestas que realicen las Asambleas Comunitarias serán el pilar fundamental de los PISDA, los cuales se construyen entre las comunidades, las entidades territoriales y el PNIS, el plan municipal estará constituido por los planes comunitarios y será la base para la ejecución del PNIS.

Integración con los PDET: Cuando el PNIS concorra en los mismos territorios que, en virtud de la RRI, hayan sido objeto de los PDET, será necesario constituir una metodología participativa que reúna los esfuerzos alcanzados, para implementar el PNIS, con base en el

consenso entre las comunidades y uno y otro programa. En este sentido, se deberá entender el PNIS en articulación directa con los ocho pilares del PDET² los cuales son:

1. Ordenamiento social de la propiedad rural y uso del suelo
2. Reactivación económica y producción agropecuaria
3. Educación rural
4. Vivienda, agua potable y saneamiento
5. Derecho a la alimentación
6. Reconciliación, convivencia y paz
7. Infraestructura y adecuación de tierras
8. Salud rural

Seguimiento y Evaluación: Cuando se trate de planes comunitarios, este componente estará a cargo de las autoridades y las Asambleas Comunitarias; si se trata de planes municipales, el seguimiento y evaluación de la ejecución y cumplimiento, correrá a cargo de los Consejos Municipales de Evaluación y Seguimiento de los planes de sustitución y desarrollo alternativo, conformados por delegados de las asambleas comunitarias y las autoridades que tengan que ver con el desenvolvimiento del PNIS.

Los Consejos y las Asambleas Comunitarias, serán espacios para la rendición de cuentas por parte del PNIS, de las autoridades y de las comunidades que ejecutan proyectos

3.2. Componentes del PNIS

El PNIS plantea su implementación a partir de los siguientes componentes:

2. El Gobierno Nacional crea la Agencia de Renovación del Territorio - ART para acompañar a 16 subregiones -170 municipios- en la construcción e implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial – PDET (Decreto 893/2017), a través de los cuales se espera cambiar las condiciones que no han facilitado el desarrollo de los territorios rurales, dentro de las cuales se encuentran aquellas que han facilitado la llegada y permanencia de los cultivos de uso ilícito; por lo que la articulación entre el PNIS (Dirección de Sustitución de Cultivos Ilícitos DSCI) y el PDET – ART es fundamental para el éxito del programa en las regiones.

3.2.1. Plan Integral de Sustitución y Desarrollo Alternativo -(PISDA)

Es el resultado de una construcción participativa y concentrada para la transformación integral del territorio y dar una solución definitiva a los cultivos de uso ilícito y busca dar respuesta a las causas estructurales que contribuyen a la presencia de las economías ilegales.

El PISDA contemplará aspectos como servicios públicos, infraestructura, seguridad, desarrollo social, vías, tierras, entre otros. Además, contendrá planes de:

Obras de infraestructura social de ejecución rápida: Cada plan se desarrolla de acuerdo con las necesidades básicas de cada comunidad, por esa razón, le corresponde incluir las obras que deban priorizarse, tales como el mejoramiento de vías terciarias, escuelas, centros de salud, casetas comunales, aunando esfuerzos con los planes y programas establecidos en la RRI.

Sostenibilidad y recuperación ambiental: Su propósito consiste en contribuir al cierre de la frontera agrícola y propiciar procesos de recuperación ambiental, con énfasis en las zonas de especial interés, tales como ecosistemas frágiles, bosques e hidrografía vulnerable, a través de los siguientes elementos: (I) Acciones de recuperación y adecuación de suelos; (II) Acciones para mitigar los daños ambientales en ecosistemas frágiles, hidrografía vulnerable y bosques, y (III) Proyectos de protección ambiental y productivos, ambientalmente sostenibles, como la reforestación, el silvopastoreo y las Zonas de Reserva Campesina (ZRC).

Plan de formalización de la propiedad: A medida que la sustitución de cultivos vaya culminando de manera exitosa, y teniendo en cuenta lo planteado por el Plan de Formalización Masiva de la propiedad de la RRI, el gobierno se compromete a acelerar los procesos de formalización de la propiedad rural, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los compromisos, en materia de sustitución y no resiembra de cultivos ilícitos.

Planes para zonas apartadas y con baja concentración de la población: se adelantarán medidas especiales para la sustitución de cultivos ilícitos, la recuperación de ecosistemas, la creación de empleo relacionado con transporte fluvial, programas de recuperación ambiental, protección de bosques y fauna, en aquellas zonas de difícil acceso y con una baja densidad poblacional, con miras a mejorar la calidad de vida de la población.

Cronogramas, metas e indicadores: Los planes y acuerdos de sustitución y desarrollo alternativo que hasta aquí hemos expuestos, deben contar con un cronograma que incluya los compromisos adquiridos, para medir el impacto que se cause en la población y hacer seguimiento a los mismos.

3.2.2. Planes de Atención Inmediata (PAI) componente familiar

Su objetivo es garantizar la seguridad alimentaria, generar ingresos y condiciones de buen vivir para los cultivadores, recolectores, amedieros y sus familias, siempre y cuando se hayan acogido a los acuerdos de sustitución de cultivos para transitar hacia las economías legales, a través de proyectos productivos a corto y largo plazo; al mismo tiempo, se implementará el desarrollo de proyectos productivos vinculados a la RRI y a la promoción de actividades económicas artesanales, industriales y de servicios, enfocados a cubrir en principio la demanda local y a mediano y largo plazo la nacional e internacional.

En aras de garantizar el bienestar del núcleo familiar de los cultivadores se implementarán las siguientes medidas:

Asistencia alimentaria inmediata: La cual se hará efectiva, a través de la entrega bimensual de \$ 2.000.000, para un total de \$ 12.000.000 durante un año.

Familias inscritas reciben el primer pago y tienen 60 días para erradicar las matas, proceso que es verificado por la ONU, quien genera un informe que dice si las matas fueron retiradas para la continuidad del pago; en caso contrario se explican los motivos y se toman otras medidas como dejar de pagar ante el incumplimiento o erradicar manualmente en casos de inseguridad.

Asistencia técnica integral: Asistencia técnica integral por 24 meses, una vez por mes, se define la línea productiva, la familia puede solicitar de acuerdo con el diagnóstico. Diseñada para el fortalecimiento de las organizaciones sociales, comunitarias y cooperativas, en los territorios priorizados, será durante todo el proceso para cada familia. Tienen prioridad los expertos sugeridos por las comunidades que cumplan con los perfiles que demanda el programa; tendrán un valor de \$ 3.200.000 por familia.

Proyectos de autosostenimiento y seguridad alimentaria: Serán entregados por una sola vez para la implementación de proyectos tales como cultivos de pancoger y cría de especies menores; tendrán un valor de \$ 3.200.000 por familia.

Proyectos productivos de ciclo corto: Serán entregados por una sola vez para adecuación y ejecución de proyectos de ciclo corto e ingreso rápido, como piscicultura, avicultura, entre otros; tendrán un valor de \$ 9.000.000.

Proyectos productivos de ciclo largo: Serán entregados \$ 10.000.000 en proyectos productivos y/o mano de obra, dependiendo de la línea productiva diseñada para cada familia,

entre las cuales se encuentran la ganadería, el silvopastoreo, el café, el cacao, la palma de aceite, entre otras.

Apoyo a Recolectores: En lo referente a los recolectores vinculados a los cultivos de uso ilícito, se implementarán las siguientes acciones: (I) Asistencia alimentaria para los recolectores ubicados en los territorios donde se ejecute el PNIS, la cual se basa en la entrega de mercados o bonos equivalentes a estos hasta por un año, atendiendo a las particularidades del núcleo familiar y el territorio. (II) Opciones de empleo temporal en obras comunitarias y otras fuentes de empleo que surjan de la implementación de la RRI.

3.2.3. Plan Atención Inmediata (PAI) componente comunitario

Programa de guarderías infantiles rurales: para facilitar el acceso al empleo de las madres cabeza de familia y garantizar la seguridad alimentaria de los niños.

Programas de superación de la pobreza y generación de ingresos: Apoyada en las ofertas de empleo que genere la implementación de la RRI y los planes integrales de sustitución y desarrollo alternativo.

Mecanismos de información para facilitar el acceso a oportunidades laborales: Apoyada en las ofertas de empleo que genere la implementación de la RRI y los planes integrales de sustitución y desarrollo alternativo, teniendo en cuenta el trato diferencial para garantizar el acceso al empleo de las mujeres rurales.

Construcción y dotación de comedores escolares y suministro de víveres: Construcción y dotación de comedores escolares, para proteger la seguridad alimentaria y evitar la deserción escolar, en los territorios afectados por los cultivos de uso ilícito.

Por su parte, el programa plantea las siguientes actividades: (I) Primera infancia:

Creación de un programa de guarderías infantiles rurales, para facilitar el acceso al empleo de las madres cabeza de familia y garantizar la seguridad alimentaria de los niños. (II) Población escolar: Construcción y dotación de comedores escolares, para proteger la seguridad alimentaria y evitar la deserción escolar, en los territorios afectados por los cultivos de uso ilícito. (III) Adultos mayores: Implementar los programas contra el hambre, conforme a lo establecido en el Sistema para la garantía progresiva del derecho a la alimentación del subpunto 1.3.4 de la RRI. (IV) Obras de infraestructura social de ejecución rápida: Cada plan se desarrolla de acuerdo con las necesidades básicas de cada comunidad, por esa razón, le corresponde incluir las obras que deban priorizarse, tales como el mejoramiento de vías

terciarias, escuelas, centros de salud, casetas comunales, aunando esfuerzos con los planes y programas establecidos en la RRI.

Al mismo tiempo, el PNIS es consciente de que la problemática de los cultivos ilícitos también ha afectado a los Parques Nacionales Naturales (PNN), por esta razón, la implementación del programa en estas zonas debe enfocarse en garantizar el control, restauración y protección efectiva de estas áreas.

Por otra parte, con el objetivo de promover los acuerdos de sustitución, motivar a las comunidades y generar confianza en el programa, se desarrollará una estrategia de comunicación directa con las comunidades por medio de encuentros comunitarios e indirectamente a través de los medios de comunicación locales.

Los recursos del PNIS se destinarán de conformidad con lo establecido en los PAI y en los PISDA y se buscará garantizar la eficiencia, la efectividad y oportunidad en su ejecución

4. PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN DEL PNIS EN NORTE DE SANTANDER

La implementación del PNIS en Norte de Santander inicia el 27 de enero del 2017, este departamento, según lo dispuesto en los PDET y lo establecido en el Decreto 896 del 2017, tiene priorizados ocho de los once municipios que conforman el Catatumbo, por considerar que son los más afectados por el conflicto armado y la presencia de cultivos de uso ilícito: Convención, el Carmen, el Tarra, Hacarí, San Calixto, Sardinata, Teorama y Tibú; excluyendo solamente a los municipios de La Playa, Ocaña y Ábrego.

No obstante, a pesar de haber ocho municipios priorizados por el PDET, en el departamento Norte de Santander solo se adelanta el proceso de implementación en Tibú y Sardinata, en vista de que son los municipios que presentan mayor cantidad de hectáreas de cultivos de uso ilícito.

MUNICIPIO	AÑO						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
ÁBREGO	-	15	20	13	17	22,12	24,03
	-	6	5	3	3	-	-
CÁCHIRA	37	164	38	16	15	10,32	15,42
	68	180	356	999	553	855,88	890,62
CÚCUTA	10	32	38	61	33	55,96	280,97

EL CARMEN	86	212	222	871	436	568,84	664,27
EL TARRA	217	410	566	662	809	2.074,54	3.682,70
EL ZULIA	2	41	18	25	13	14,07	94,10
HACARÍ	1	48	59	51	103	152,46	214,94
LA ESPERANZA	61	92	45	30	7	8,84	11,91
LA PLAYA	-	26	4	-	15	5,41	6,13
LOURDES	-	3	1	-	-	-	-
OCAÑA	-	-	-	1	4	6,97	9,04
SAN CALIXTO	-	66	134	208	181	736,53	445,04
SARDINATA	193	1.125	723	837	1.078	865,94	3.847,36
TEORAMA	271	298	628	663	680	1.770,15	1.856,70
TIBÚ	943	772	1.658	1.905	2.997	4.379,08	12.787,38
TOTAL	1.889	3.490	4.515	6.345	6.944	11.527,11	24.830,61
HA NUEVAS	0	1.601	1.025	1.830	599	4.583	13.304
	0	85%	29%	41%	9%	66%	115%

Tabla 1: Número de Hectáreas desde 2010 - 2017 registradas en SIMCI. Observatorio de Drogas de Colombia (ODC). 2017³

Cifras muestran la grave problemática e invitan a identificar las causas que han generado el incremento desmedido de los cultivos y el evidente fracaso en la sostenibilidad de los diferentes programas, tanto de sustitución, como de erradicación forzada, que se han desarrollado en el marco de la política de lucha contra las drogas en el país. Frente a esto, es posible identificar que los antecedentes de procesos de lucha contra las drogas, y, por consiguiente, contra los cultivos de uso ilícito, han permitido tener avances significativos momentáneos, pero no permanentes.

Por lo que, el Gobierno nacional, la FARC-EP y la ONU inician un proceso de sensibilización e información para la sustitución de cultivos de uso ilícito con las comunidades de: Caño Indio, Palmera Mirador, Chiquinquirá y Progreso II del Municipio de Tibú⁴, siendo

3. Fuente de información oficial en materia de drogas, administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), que proporciona a la comunidad nacional e internacional información oportuna, objetiva, confiable, continua, actualizada y comparable sobre la problemática de la droga y los delitos relacionados que permite analizar las tendencias y contribuye a la formulación y ajuste de políticas, toma de decisiones, diseño y evaluación de programas y proyectos.

4. Información obtenida del documento de Acuerdo Colectivo para la sustitución voluntaria y concertada de cultivos de uso ilícito del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS) de las Veredas Caño Indio, Palmeras, Mirador, Chiquinquirá y Progreso 2 del municipio de Tibú, Departamento Norte de Santander.

la primera vereda el sitio donde se conformó la Zona Veredal Transitoria de Normalización (ZVTN), hoy denominada, Espacio Territorial de Capacitación y Reincorporación (ETCR); razón por la cual se dio inicio al plan piloto del PNIS con la firma del acuerdo colectivo con las veredas mencionadas anteriormente.

Posteriormente, se inicia el proceso de la firma de los acuerdos municipales de Tibú y Sardinata, siendo estos los dos únicos municipios de Norte de Santander donde el PNIS se ha venido implementando. En estos dos territorios se ha trazado una línea respecto al procedimiento de la fase de alistamiento que contiene los siguientes componentes:

Socialización: en esta etapa se organizan asambleas generales con el objetivo de exponer el programa, los compromisos y beneficios para los cultivadores que voluntariamente decidan acogerse, y al mismo tiempo se realiza el primer contacto directo con la comunidad.

Preinscripción: en esta instancia, los cultivadores manifiestan su voluntad de hacer parte del PNIS en una convocatoria general, y asimismo, se aprovecha para depurar a los interesados, ya que en algunos casos se presentan dos miembros de una familia con la misma tierra, o la misma familia con diferentes cultivos en distintos lugares, generando un problema de doble tenencia.

Inscripción: aquí los cultivadores firman los acuerdos colectivos donde el Estado se compromete a iniciar los PISDA y los PAI, y los campesinos a erradicar y no sembrar, y las FARC-EP a servir como vínculo entre Estado y campesinos.

Para que la inscripción sea efectiva los campesinos y beneficiarios deben allegar una fotocopia del documento de identidad, también deben traer consigo un documento que los relacione con el predio objeto de erradicación voluntaria, ya sea una copia de las escrituras de las tierras en su poder, una compraventa, un contrato de arriendo, o un certificado de sana posesión expedido por la alcaldía acompañado de una declaración extra juicio en la notaría. Estos documentos son enviados a Bogotá para que posteriormente la sede central apruebe los pagos de los campesinos, esta aprobación no atiende a un límite de tiempo.

A partir de la aprobación de la Dirección de Sustitución de Cultivos Ilícitos a nivel central en Bogotá, se firma el documento de Acuerdo Individual.

Acuerdo individual: En el cual el Estado inicia con su parte del acuerdo, pagando dos millones de pesos, y a partir de allí, los cultivadores tienen 60 días para erradicar sus cultivos ilícitos.

4.1. Fase de Seguimiento y Monitoreo

Mecanismo de verificación: los acuerdos contemplan que dentro del componente internacional se encuentran observadores del proceso de erradicación, entre ellos están: Unión Europea (UE), Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO), Vía Campesina, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), UNODC y la Comisión Nacional de Drogas. Sin embargo, la realidad muestra que el único que está en territorio como veedor de la erradicación es la UNODC, quien tiene la función de verificar dentro de los 60 días posteriores al primer pago si se erradicaron o no las matas de coca; con la información anterior, deben elaborar un informe dirigido a la Dirección de Sustitución del Gobierno Nacional, para que este determine si se dan las condiciones para continuar cumpliendo con los compromisos adquiridos, o si por el contrario, es retirado el beneficiario del programa. No obstante, en cada caso de incumplimiento por parte de las familias, se deja un registro de las razones que motivaron el incumplimiento, y si, las razones están asociadas a amenazas, presión o presencia de grupos armados, el gobierno otorgará una prórroga, al tiempo que deberá diseñar acciones para garantizar la seguridad de quienes tienen la voluntad de sustituir el cultivo.

4.2 Nivel de Cumplimiento de los Acuerdos Firmados en Tibú y Sardinata

En Tibú, la construcción del acuerdo colectivo y la firma de los acuerdos individuales, producto de los distintos escenarios de socialización y participación, dio fruto en los pactos apoyados por las comunidades del núcleo veredal Caño Indio, en documento que los recoge y fue firmado el 24 de marzo del 2017; por su parte, el acuerdo de Tibú como municipio se firma el 9 de septiembre del mismo año; este último – acuerdo de Tibú – recoge lo pactado con las familias de Caño Indio. En su conjunto, los acuerdos cobijan a 2.614 familias entre cultivadores, recolectores y no cultivadores.

A partir de esta firma, se hace la caracterización del número de hectáreas de cultivos ilícitos, obteniéndose un total de 2.614 cultivadores inscritos, que reportaron 2.665 hectáreas de plantas de coca, lo que responde en un principio, a la meta trazada por el PNIS de sustituir 3.000 hectáreas de cultivos del total de 12.787 hectáreas reportadas por la ONUDC para el año 2016⁵.

5. SIMCI 2017.

Por su parte, en los acuerdos firmados por las comunidades nortesantandereanas, las partes involucradas -campesinos, Gobierno Nacional y FARC- adquieren una serie de compromisos que se ajustan a los parámetros establecidos tanto en el Punto 4 del Acuerdo de Paz como en el Decreto 896 de 2017, los cuales se manifiestan en el PISDA y los PAI comunitarios e individuales.

En ese sentido, los PISDA y los PAI comunitarios, contruidos de manera conjunta entre el PNIS, los Consejos Municipales de Planeación Participativa (CMPP), y las agencias creadas para llevar a cabo la RRI, deben permitir la identificación de las necesidades estructurales de cada territorio, así como la definición de propuestas que den solución de fondo a estas situaciones en aras de contribuir al desarrollo rural, posteriormente debe avalarse esta propuesta por el gobierno nacional en el marco del desarrollo del cumplimiento del proceso de paz.

Es importante anotar que, frente a estos componentes, estructurales del PNIS, no se reconoce ningún tipo de avance o desarrollo.

Por su parte, siendo el objetivo principal de la dirección del PNIS en Norte de Santander promover la participación ciudadana y funcionar como puente entre las comunidades y el gobierno nacional, se reconoce que las decisiones administrativas están centralizadas desde la DSCI, lo que afecta la toma de decisiones territoriales del programa y su capacidad de respuesta oportuna.

La centralización del PNIS, así como las restricciones presupuestales y limitado recurso humano, un Coordinador para el PNIS y dos profesionales de apoyo, restringe no solo las acciones de implementación en Norte de Santander, sino que tiene un impacto directo en la cobertura del programa a nivel nacional; siendo además, una de las razones para que solo se priorizaran los municipios de Tibú y Sardinata, que solo posee al momento 504 familias activas⁶ del total de las 2.887 familias que firmaron los acuerdos individuales en Tibú.

Frente a la relación existente entre el número de familias activas en el programa y el número de hectáreas sustituidas, es posible reconocer una proporción de *menos de 1 hectárea por familia inscrita*, dado que las 504 familias activas han sustituido 407 hectáreas.

6. Familias que han alcanzado un nivel de evolución en materia de implementación del PNIS.

Frente a las 12.787 hectáreas de coca de Tibú, la proyección del PNIS de sustituir voluntariamente 3.000 hectáreas corresponde al 23,4% del total; por su parte las 407 hectáreas representan el 3,1% del total de área plantada en la zona rural del municipio.

Ahora bien, frente al total proyectado por el PNIS de 3.000 hectáreas, el aporte de las 504 familias al sustituir las 407 hectáreas representa el 13,5%, lo que también resulta poco significativo. En este sentido, si solo se hace una revisión del programa en función de las hectáreas sustituidas en comparación con las hectáreas sembradas en el municipio, se deduce un bajo impacto del PNIS en la transformación de los cultivos.

4.3. Limitaciones Presupuestales Para la Implementación del PNIS en la Región

El Programa, por ser de orden nacional, parte con una dificultad enorme en el alcance de su implementación, debido a la imposibilidad física y presupuestal de llegar a todas las zonas del país que requieren de su articulación inmediata. Por esta razón se establecieron los criterios de priorización enfocados principalmente hacia las zonas definidas por los PDET que tienen mayor presencia de cultivos y población cultivadora.

Diferentes actores involucrados en la implementación del PNIS, tales como el coordinador de la UNODC en Norte de Santander, el coordinador de la mesa de impulso del PNIS por parte de la Secretaría de Gobierno, el director de la Asociación Campesina del Catatumbo - ASCAMCAT y representante de los campesinos ante el Consejo Permanente de Dirección del PNIS y el delegado de las FARC-EP ante el PNIS, han afirmado que la falta de financiación es el principal obstáculo que enfrenta el programa y esto se ve reflejado en la forma como se han ejecutado los pagos del PAI individual en su componente de asistencia alimentaria, ya que los campesinos cultivadores han sido divididos en grupos de acuerdo al presupuesto que apruebe la sede central del PNIS en Bogotá.

Lo que ha generado el incumplimiento por parte del gobierno, lo que provocó que el núcleo veredal Caño Indio de Tibú, se declarara en emergencia alimentaria en marzo de 2017, debido a que habían levantado las matas de coca, en cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo de Paz y la implementación del PNIS; sin embargo, la inexistencia de los proyectos productivos prometidos por el Gobierno provocó una crisis que culminó con un paro campesino en octubre de 2017.

Otro aspecto relevante que ha afectado el cumplimiento del programa lo genera la seguridad; pues, a pesar de que las FARC firmaron el Acuerdo de Paz, en el Catatumbo

persiste la presencia del grupo guerrillero ELN, así como el EPL y otros grupos armados organizados (GAO), además de las llamadas disidencias de las FARC; lo que representa un peligro para la integridad de los campesinos cultivadores interesados en la sustitución, aumentan las tensiones en el desarrollo del programa y obstaculizan la verificación de Naciones Unidas y demás organizaciones comprometidas con tal fin.

5. CONCLUSIONES

La Reforma Rural Integral, establece la responsabilidad de movilizar las transformaciones estructurales que el campo colombiano requiere en procura de mejorar su desarrollo y cerrar las brechas entre el campo y la ciudad, creando y/o fortaleciendo las condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural.

Colombia lleva alrededor de 50 años en la lucha contra las drogas utilizando diversas estrategias, entre ellas la erradicación forzada, tanto manual como a través de aspersiones aéreas, así como programas de desarrollo alternativo, entre los que se cuenta el PNIS, programa que surge a través del Acuerdo de Paz y se crea por medio del Decreto 896 del 2017, el cual plantea una estrategia de acción multidimensional para solucionar el problema de los cultivos de uso ilícito

El PNIS en Tibú se propuso sustituir 3.000 ha de coca, de las cuales no se sustituyeron, sino que se erradicaron de manera concertada con las comunidades, 407 hectáreas, cantidad que representa un 23,4 % de cumplimiento de la meta trazada inicialmente.

No se ha construido el PAI comunitario, ni se han puesto en marcha los PISDA, lo cual evidencia la desarticulación existente entre las comunidades, las agencias creadas en virtud de la RRI y el PNIS. Por estas razones, los avances en este componente del PNIS han sido nulos.

Los problemas estructurales del PNIS están ligados a las limitaciones presupuestales del Gobierno, las cuales restringen tanto su alcance como su efectividad.

Una de las principales razones en que se sustentó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera fue precisamente la garantía del restablecimiento efectivo de Derecho de las familias campesinas a través de su dignificación y de alternativas viables y reales que den certeza de subsistencia digna que hasta el momento no se ha materializado por incumplimiento del Gobierno Colombiano.

ÍNDICE DE CAPÍTULOS Y AUTORES

Primera Parte

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO I	ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO <i>William Felipe Hurtado Quintero (Colombia)</i>	31
CAPÍTULO II	EL DERECHO DE LAS PERSONAS NO HUMANAS EN LA JUSTICIA CONTEMPORÁNEA. DERECHO CONSTITUCIONALIZADO <i>Dudley Duque Sierra (Colombia)</i>	53
CAPÍTULO III	CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CASACIÓN Y SENTENCIA DE CASACIÓN CONSTITUCIONALIZADA <i>Ricardo Martínez Quintero (Colombia)</i>	73
CAPÍTULO IV	REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA <i>Namphi A. Rodríguez (República Dominicana)</i>	107
CAPÍTULO V	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO <i>Raúl Lozano Peralta (Perú)</i>	155
CAPÍTULO VI	EL CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DESDE LA LEGITIMIDAD <i>Ciro Nolberto Güechá Medina (Colombia)</i>	169

Segunda Parte

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CODIFICACIÓN

CAPÍTULO VII	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL <i>Eduardo Andrés Velandia Canosa. (Colombia)</i>	201
CAPÍTULO VIII	LA CONSTITUCIONALIZACION E INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO <i>Patricio Maraniello (Argentina)</i>	227

CAPÍTULO IX	USO Y ABUSO DE LA CODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA <i>Gustavo Gutiérrez-Ticse (Perú)</i>	239
CAPÍTULO X	VALORES CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO: INDÍCIOS E PRESUNÇÕES AD HOMINEM NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VALORES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO: INDICACIONES Y SUPOSICIONES AD HOMINEM EN EL AMBITO DEL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL <i>Antonio Celso Baeta Minhoto (Brasil)</i> <i>Paulo Antonio Papini (Brasil)</i>	251
CAPÍTULO XI	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA DURACIÓN RAZONADA DEL PROCESO JUDICIAL EN COLOMBIA – ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO <i>Jorge Ivan Guerra Fuentes (Colombia)</i>	273

Tercera Parte

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO XII	EL ROL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA <i>Angélica María Armenta Ariza (Colombia)</i>	289
CAPÍTULO XIII	LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN COSTA RICA: CUATRO EJEMPLOS RECIENTES <i>Haideer Miranda Bonilla (Costa Rica)</i>	329
CAPÍTULO XIV	JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: CONSULTAS POPULARES Y AMAZONIA COMO SUJETO DE DERECHOS <i>Diana Marcela Peña Cuéllar (Colombia)</i> <i>Astrid Daniela Vidal Lasso (Colombia)</i>	353
CAPÍTULO XV	20 AÑOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA (1999 – 2019). LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS HITOS MÁS RELEVANTES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA <i>Alan E. Vargas Lima (Bolivia)</i>	375
CAPÍTULO XVI	TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: LEITURA CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E NAS OBRIGAÇÕES DE ALIMENTOS. TEORÍA DEL CUMPLIMIENTO SUSTANCIAL: LECTURA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN CONTRATOS DE ALINEACIÓN FIDUCIARIA Y LAS OBLIGACIONES DE DE ALIMENTOS. <i>Sérgio Tibiriçá Amaral (Brasil)</i> <i>Gisele Caversan Beltrami Marcato (Brasil)</i>	439

Cuarta Parte
EL CONSTITUCIONALISMO CONVENCIONALIZADO

CAPÍTULO XVII	CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCESO <i>Pablo Darío Villalba Bernié (Paraguay)</i>475	475
CAPÍTULO XVIII	ANÁLISIS LEGAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL A LA NO RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS GERENTES EN CASO DE DAÑO AL MEDIO AMBIENTE <i>Jorge Isaac Torres Manrique (Perú)</i>495	495
CAPÍTULO XIX	DEL CONSTITUCIONALISMO AL CONVENCIONALISMO <i>Alfonso Jaime Martínez Lazcano (México)</i>513	513
CAPÍTULO XX	LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REFLEXIONES INTERAMERICANAS <i>Luis Gerardo Rodríguez Lozano (México)</i>533	533
CAPÍTULO XXI	LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE IMPEACHMENT Y SUS IMPLICACIONES PROCEDIMENTALES LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL <i>Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral, Sérgio Tibiriçá Amaral, Livia De Assis Batista, Lucas Rocha Bragato, Gabriel D'arce Pinheiro Dib, Vinicius Renato Franco, Henrique Miuki Koga Fujiki, Eder De Souza Oliveira Junio, Jasminie Serrano Martinelli, Amanda Ferreira Nune, Arthur Antonio Raiher, Maria Laura Bezerra Tiveron (Brasil)</i>569	569

Quinta Parte
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROBATORIO

CAPÍTULO XXII	PROBATORIO CONSTITUCIONAL CEÑIDO A LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA Origen del Derecho Probatorio Constitucional en Colombia <i>Carlos Bernardo Medina Torres (Colombia)</i>593	593
CAPÍTULO XXIII	LA DETERMINACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN EL RACIOCINIO PARA EL COMPORTAMIENTO VALORATIVO DE PRUEBAS POR LOS JUECES DE CONOCIMIENTO PENAL <i>Jainer Enrique García Gómez (Colombia)</i>609	609
CAPÍTULO XXIV	DIFERENCIAS SUSTANCIALES Y PRÁCTICAS ENTRE INADMISIÓN, RECHAZO Y EXCLUSIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y/O EVIDENCIA FÍSICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES <i>Elsa Norma Delgado Rueda (Colombia)</i>623	623

Sexta Parte

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

CAPÍTULO XXV	<p>LIMITACIONES A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ <i>Juliana Sánchez Vallejo (Colombia)</i> <i>Luisa Fernanda Bedoya Ramírez (Colombia)</i>.....645</p>
CAPÍTULO XXVI	<p>CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA PAZ <i>Lizbeth Jaime Jaime (Colombia)</i> <i>Martin Humberto Casadiegos Santana (Colombia)</i> <i>Ana María Carrascal Vergel (Colombia)</i>.....663</p>
CAPÍTULO XXVII	<p>CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO COLOMBIANO: LA REFORMA RURAL INTEGRAL, DESARROLLADA A TRAVÉS DEL PROGRAMA NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN DE CULTIVOS ILÍCITOS EN EL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER <i>Luis Eduardo Trujillo Toscano (Colombia)</i>.....679</p>