

LUCES Y SOMBRAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EN LA JUSTICIA

Compiladores

Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez, MSc.

Vicerrector General -Sede Medellín
Corporación Universitaria Americana

Adriana Patricia Arboleda López, PhD.

Directora Centro de Conciliación
Docente Investigadora -Sede Medellín
Corporación Universitaria Americana

Diana María Ramírez Carvajal, PhD.

Directora Red Interinstitucional Derecho Procesal y Justicia

Editor

Jovany Sepúlveda Aguirre, MSc.

Corporación Universitaria Americana -Sede Medellín

Libro resultado de investigación a partir de la actividad colaborativa entre los grupos de investigación y las instituciones participantes en la Red Interinstitucional Derecho Procesal y Justicia

340.1
C822

Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. (2018). Luces y sombras de la constitucionalización en la justicia. Camilo Echeverri Gutiérrez; Adriana Arboleda López; Diana Ramírez Carvajal (Comps.). Sello Editorial Coruniamericana.

1. JUSTICIA.
2. CONSTITUCIÓN.
3. DERECHO.
4. DERECHOS FUNDAMENTALES.
5. SEGURIDAD JURÍDICA.
6. DERECHO PRIVADO.

488 páginas: 17X24 cm.
ISBN: 978-958-5512-07-8

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA /RDA
SCDD 21 /CUTTER – SANBORN.

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-07-8

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA

Presidente: JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional: ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Rector -Sede Medellín: ALBERT CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector General -Sede Medellín: CAMILO ANDRÉS ECHEVERRI GUTIÉRREZ

Vicerrector Académico -Sede Medellín: DANY ESTEBAN GALLEGO QUICENO

Vicerrector de Investigación-Sede Medellín: LUIS FERNANDO GARCÉS GIRALDO

Director Editorial y de Publicaciones-Sede Medellín: JOVANY SEPÚLVEDA-AGUIRRE

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y carátula: Extrategia Ecoprint S.A.S

Corrección de estilo: INFOLIO/infolio@infoliotextos.com

1a edición: 10 de Septiembre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

PARES EVALUADORES

RODRIGO RIVERA MORALES

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca
Destacado especialista venezolano en Derecho Procesal Civil

RODOLFO PÉREZ VÁSQUEZ

Doctor en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín
Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar

CONTENIDO

Presentación

9

Prólogo

13

El reconocimiento de los límites sociológicos que pesan sobre la adjudicación judicial de derechos humanos

19

Mario Eugenio Chaumet

La delimitación jurisprudencial de los derechos fundamentales: hacia una noción de deberes fundamentales

59

Edwin Figueroa Gutarra

La juridicidad de los derechos fundamentales

89

Iván Vila Casado

¿Quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la decisión judicial?

119

Juan Antonio García Amado

¿Quién debe defender la Constitución? El debate entre Schmitt y Kelsen

153

*Manuel J. Gómez Restrepo, Santiago Restrepo Restrepo,
Dany Esteban Gallego Quiceno*

Tutela colectiva de derechos: nuevas tendencias procesales

169

Luis Andrés Cucarella Galiana

**Derecho de acceso a la información ambiental y el secreto empresarial:
un análisis a partir de la constitucionalización del derecho privado**

203

*Beatriz Arcila S., Juan Camilo Castellanos,
Oladier Ramírez*

Giurisdizione per principi e certezza del diritto

239

Enrico Scoditti

**El derecho a la convivencia pacífica como garantía para el goce efectivo
de los derechos humanos en Colombia: en el lente de la justicia**

271

*Adriana Patricia Arboleda López, Leidy Catalina Acosta Agudelo,
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez*

Minería en Colombia: tensiones constitucionales

285

*Otoniel Burgos Claros, Julián Andrés Martínez Noreña,
Julián Alfredo Marín Gómez*

**Seguridad social: de la constitucionalización a la
fundamentalidad. Un camino aún en construcción**

321

*Jaime León Gañán Echavarría, Carlos Arturo Ruiz,
Jovany Sepúlveda Aguirre*

**Sacrificio de la tutela judicial efectiva en la búsqueda de la
seguridad jurídica y necesidad de la justicia constitucional**

343

Angy Plata Álvarez

**Justicia constitucional, derecho privado y sanción penal:
límites a la empresa del siglo XXI**

363

Feélix Adolfo Lamas

La violación de los derechos humanos en Argentina en las décadas de los 70 y 80: el abordaje jurídico en la salida democrática

383

Claudio Jesús Santagati

La decisión judicial: un ejercicio lógico desde los derechos fundamentales

413

*William Esteban Grisales Cardona, Adriana Estrada Mejía,
Diego Correa Correa, Walter Mauricio Montaña Arias*

Un análisis ideológico de la propiedad privada como derecho sin límites y fundamento de la usurpación del constitucionalismo

435

Milany Andrea Gómez Betancur, Jorge Polo Blanco

La conciliación en propiedad intelectual: una mirada desde la constitucionalidad en Colombia

469

*Sebastián Arboleda Cardona, Adriana Patricia Arboleda López,
Mauricio Echeverri Gutiérrez, Albert Corredor Gómez*

PRESENTACIÓN

Atendiendo al trabajo colaborativo de la Red Interinstitucional -Derecho Procesal y Justicia- y al esfuerzo mancomunado de diferentes maestros que presentan los productos resultados de sus investigaciones, Instituciones de Educación Superior, y al Colegio de Jueces y Fiscales, se presenta para la discusión de la comunidad académica y científica, el libro resultado de investigación titulado *Luces y sombras de la constitucionalización en la justicia*, socializado en el V Seminario Internacional sobre el Proceso y la Justicia, realizado en Medellín, Colombia, en Plaza Mayor.

Se propuso el tema de la constitucionalización, por considerarlo de suma importancia en el derecho procesal y en el mundo jurídico en general, entendiendo que produce efectos directos, desde la juridización con el precedente constitucional, la producción de normas y las transformaciones de las sociedades.

Se encontrarán temas de discusión necesarios para la actualidad en la formación jurídica e interdisciplinar de los futuros abogados del país, y para el debate en el mundo operativo del derecho. Entre otros asuntos, se analizan y se presentan reflexiones sobre el reconocimiento de los límites sociológicos, se cuestiona sobre quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la decisión judicial, quién debe defender

la Constitución desde el punto de vista de Schmitt y Kelsen, se habla sobre la tutela colectiva de derechos en las nuevas tendencias procesales, se presentan reflexiones sobre el acceso a la información ambiental y el secreto empresarial, pasando por la promoción del derecho a la convivencia pacífica, la minería en Colombia, el sacrificio de la tutela judicial efectiva, el derecho privado y la sanción penal, la seguridad social y su fundamentalidad, la violación de los derechos humanos en Argentina en las décadas de los 70 y 80 y el abordaje jurídico en la salida democrática, la decisión judicial desde los derechos fundamentales, el análisis sobre la propiedad privada como derecho sin límite, para terminar con las reflexiones frente a la conciliación en la propiedad intelectual desde la constitucionalización en Colombia.

Es posiblemente temprano todavía en Colombia para presentar en su totalidad los efectos de la constitucionalización del derecho, ya que se requiere promover su difusión e investigación, por lo tanto, desde la Red, se pretende abrir camino para que progresivamente se continúen los estudios sistemáticos y sistémicos frente a la importancia del tema planteado.

Asimismo, se hace una resignificación de la Constitución como la norma de normas y la importancia de los principios y las reglas constitucionales, desde los productos resultados de investigación de cada uno de los autores, en donde se observa que queda atrás la doctrina de Montesquieu, referente a la constitución programática, en donde la norma constitucional debía contar con la ley, desconociendo que la Constitución tiene carácter normativo y más que ley, es considerada como la ley suprema.

Se debe comprender que el proceso judicial actualmente, necesita estar humanizado, tal como lo plantea el profesor Devis Echandía, de forma tal que se procure la intermediación del juez con los justiciables, comprendiendo que se trata de actuaciones de personas que juzgan a otras personas, por lo que es tan importante tener en cuenta los derechos fundamentales, de acuerdo a los estudios de gran impacto en Latinoamérica y en el mundo de los profesores Michelle Taruffo y Domingo

García Belaúnde se tendría una real constitucionalización de la justicia. Por ello la academia, la investigación y los versados en el conocimiento disciplinar del derecho en Colombia, proponen difundir entre los fines esenciales del Estado—como lo establece la Constitución Política — el predominio de la convivencia pacífica, sin maltratos emocionales, jurídicos, legales o constitucionales, promoviendo la vigencia de un orden justo para todos.

En manos de los diferentes operadores jurídicos, abogados defensores, jueces de la República, abogados de los consultorios jurídicos y centros de conciliación, entre otros, se encuentra el entender que las personas no solo entregan sus problemas jurídicos, legales o contractuales, sino que también entregan su confianza, su ser, una vida, un sentir, una vivencia y, por ende, una realidad o un conflicto social; y los operadores jurídicos no podemos ser inferiores a esa expectativa, porque ante todo se debe tener en cuenta lo humano, el ser holístico. La sociedad suplica jueces y operadores jurídicos que obren con sensibilidad y, en este sentido, se plantea la idea de promover, difundir, posicionar e investigar sobre la humanización con la constitucionalización de la justicia.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se plantean los nuevos modelos procesales, precisamente en la constitucionalización del derecho procesal, humanizando el proceso judicial para cumplir la función social de interés público, entre otros, el lograr la armonía social, reconociendo ante todo al ser humano.

Adriana Patricia Arboleda López

Posdoctora en Derecho Universidad Nacional de Colombia

Doctora en Derecho Procesal

Miembro de la Red Interinstitucional Derecho Procesal y Justicia

Docente–Investigadora de la Corporación Universitaria Americana

PRÓLOGO

LUCES Y SOMBRAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EN LA JUSTICIA

La constitucionalización de la justicia ha dado lugar a una visión «centrada en los jueces», «*court-centric*» sería la expresión más apropiada en idioma inglés, de los problemas sociales. Esta visión proyecta luces y sombras, en especial, en los deberes que la garantía de los derechos fundamentales supone para los individuos y el Estado, en los principios de separación de poderes y de autonomía e independencia judicial.

Con relación al primer aspecto es iluminadora la siguiente pregunta, que formula Tugendhat, «¿No debemos decir entonces que, desde una perspectiva legal, los derechos positivos son en general primarios y únicamente se cancelan cuando la persona puede ayudarse a sí misma?»¹. La respuesta, para el filósofo alemán es afirmativa, en razón «de la necesidad de autonomía y de la obligación

¹ Tugendhat, E. (1997). *Lecciones de ética*. Traducción de Luís Román Rabanaque. Barcelona: Gedisa, 333-334.

del reconocimiento de la autonomía, que resulta de ella»². Por tanto, y es lo que permite iluminar esta primera reflexión: de quienes se pueden ayudar a sí mismos es razonable esperar que lo hagan, además de que la mayoría quiere ayudarse, en la mayor medida posible, cuando está necesitada.

Esta idea es consecuente con el enfoque de las capacidades (*capabilities*), desarrollado especialmente por Amartya Sen y Martha Nussbaum, si se considera que el respeto de la libertad de elección del individuo es fundamental a él. Puesto que la promoción de la capacidad es la promoción de ámbitos de libertad, esta no puede confundirse con el hecho de que la justicia constitucional promueva que las personas deban funcionar en un determinado sentido, pues restringe su capacidad de agencia. Su intervención garante, por tanto, debiera ser jurídicamente exigible cuando al individuo no le sea dable ayudarse a sí mismo, esto es, cuando careciere de capacidad para satisfacer sus necesidades básicas, de las que se siguen sus derechos. Si esto no fuere así, habría que concluir que, con independencia de la situación concreta del individuo, sus necesidades habrían de ser *siempre* satisfechas por el Estado (si se concuerda en que es el destinatario de los derechos fundamentales), lo que supone una dependencia *absoluta* de aquel respecto de este, que no es deseable, pues cercena la autonomía individual.

Con relación al segundo aspecto, una protección efectiva (eficaz y eficiente) de los derechos exige no solo considerar como relevante «el costo de los derechos»³, sino una comprensión «no centrada en los jueces» («*non court-centric*»)⁴ acerca de su garantía.

2 Tugendhat, 1997, 334.

3 Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Traducción de Stella Mastrangelo. Argentina: Siglo XXI.

4 Young, K. (2012). *Constituting economic and social rights (Oxford constitutional theory)*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 213.

La primera exigencia es consecuencia, por una parte, del requisito de saturación, según el cual un argumento de una determinada forma solo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma⁵, en especial aquellas de carácter normativo y empírico. En el ejercicio del control constitucional es especialmente relevante considerar las segundas, pues en un mundo de recursos escasos, debido a las restricciones presupuestarias, la garantía de los derechos es incompleta. Si esto es así, la decisión judicial reasigna recursos dedicados para la garantía de otros derechos a favor de uno o unos en específico, según el caso concreto objeto de resolución.

De otra parte, la consideración de premisas empíricas en los razonamientos de constitucionalidad denota la naturaleza relativa, no absoluta, matizada, modulable o ponderable de los derechos, aún de los fundamentales. Su valoración, en los juicios de constitucionalidad, *abstractos* o *concretos*, permite hacer transparente la argumentación en el sentido de que, tal como lo resaltan Holmes y Sunstein, «los costos afectan el alcance, la intensidad y la consistencia de la exigibilidad de los derechos»⁶. Lo dicho supone reconocer, en términos de estos autores, «la competencia por los recursos escasos que necesariamente se produce entre los distintos derechos básicos, y también [en relación con] otros valores sociales»⁷. De esto se sigue que los derechos no son inmutables: se expanden y contraen, de modo constante, por la acción de los órganos estatales y, de manera reciente y en mayor medida, por la acción de la justicia constitucional.

La segunda exigencia supone articular las competencias de los diferentes órganos del Estado para la garantía efectiva de los derechos. Uno de los *termómetros* para determinar la necesidad de realizar cambios o correcciones institucionales, es la percepción que de su funcionamiento tiene el Juez

5 Alexy, R. (2007). Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 236.

6 Holmes y Sunstein, 2011, 120.

7 Holmes y Sunstein, 2011, 120.

Constitucional, en especial en ejercicio del control *concreto*. Su actuación aislada, sin embargo, es insuficiente para lograr dicha protección, por múltiples restricciones: *i*) la información con que cuenta es insuficiente, pues, en la inmensa mayoría de casos, únicamente cuenta con la que aportan las partes al proceso; *ii*) dado que su labor se enfoca en la resolución de casos concretos, solo de manera excepcional y con restricciones de información considera las consecuencias que la adjudicación de derechos y deberes entre las partes puede generar para terceros, que en muchos casos comprende a un número indeterminado de personas e instituciones; *iii*) a pesar de que no es el foro más adecuado para ponderar principios morales o políticos, en caso de que dicho ejercicio fuese correcto, «sus decisiones pueden ser, a pesar de todo, estériles o producir resultados contrarios a largo plazo»⁸. Por tanto, la garantía efectiva de los derechos exige un entendimiento «no centrado en los jueces» («*non court-centric*»), sino uno que integre a los diferentes órganos del Estado.

16

Dado el acercamiento continuo del Juez Constitucional a la realidad cotidiana es el órgano que mejor puede valorar la forma en que las tuercas del complejo engranaje institucional pueden afinarse. A la luz de esta evidencia, que continuamente produce el Juez Constitucional, el órgano que puede disponer, en un foro adecuado, cuáles herramientas se deben utilizar para su mejor afinación es el Legislativo. Finalmente, el órgano que tiene el deber de materializar el procedimiento de ajuste, por contar con la competencia técnica y la capacidad presupuestal para ello, es el Ejecutivo, con las herramientas otorgadas por el Legislador y la visión que le otorga el Juez Constitucional. Claro está, las disfuncionalidades de este último son objeto de revisión judicial posterior, para la búsqueda de un nuevo ajuste.

8 Young, 2012, 134-135.

Con relación al tercer aspecto, la protección efectiva de los derechos, incluidos los fundamentales, no es un asunto reservado a la Justicia Constitucional. Las demás jurisdicciones comparten este deber, en el marco de sus competencias. El respeto de aquel espacio, por el Juez Constitucional, es esencial no solo para garantizar la separación y equilibrio de poderes, incluso al interior de la justicia, sino para garantizar la autonomía e independencia judicial. De no ser así, en caso de que el primero se adjudique la labor de ser el único *guardián* de la Constitución, ¿de qué habrían servido, en Colombia, cerca de 30 años de vigencia de la Constitución de 1991 y de jurisprudencia constitucional?

La constitucionalización de la justicia presenta luces y sombras, algunas tenues, otras más fuertes o sombrías. La reflexión y consideración de estas en términos de *retos* de la justicia constitucional es uno de los temas de hoy, que no hace una o más décadas atrás, debe ocupar la atención de la academia y la justicia para lograr, en épocas venideras, una protección efectiva de los derechos.

Richard S. Ramírez Grisales

Doctor en Derecho. Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional.
Subdirector del Centro de Estudios en Derecho Administrativo -CEDA
Profesor de Derecho Público

EL RECONOCIMIENTO DE LOS LÍMITES SOCIOLOGICOS QUE PESAN SOBRE LA ADJUDICACIÓN JUDICIAL DE DERECHOS HUMANOS

19

MARIO EUGENIO CHAUMET¹

Érase una vez dos peces jóvenes que nadaban juntos cuando de repente se toparon con un pez viejo, que los saludó y les dijo, «Buenos días, muchachos ¿Cómo está el agua?» Los dos peces jóvenes siguieron nadando un rato, hasta que eventualmente uno de ellos miró al otro y le preguntó, «¿Qué demonios es el agua?»

David Foster Wallace

¹ Profesor de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

Resumen

Este trabajo se centra en el análisis en los límites sociológicos que -sostenemos- se deben reconocer a la hora de decidir en un caso judicial de derechos humanos. Asimismo, se destaca lo insatisfactorios que a nuestro parecer resultan los tratamientos reduccionistas -tanto normativistas como axiológicos- al no reconocer los aspectos sociológicos de la adjudicación judicial sobre derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, adjudicación judicial, límites sociológicos.

Introducción

20 | El tratamiento de los derechos humanos tiene un papel protagónico en la juridicidad de nuestra época y constituye una de las líneas más importantes de la eticidad actual que, de alguna manera, viene a ocupar los espacios que en otros tiempos fueron dominados por el derecho natural. Es evidente que la consideración sobre cualquier investigación referida a los derechos humanos está condicionada por los significados que demos a las expresiones “derechos” (por una parte qué se entiende por Derecho en general y qué se entiende por derecho subjetivo) y “humanos” (cuál es la relación entre derechos y deberes, qué es la humanidad, quiénes somos), por los alcances de las diversas posiciones sobre su fundamentación y, en el enfoque que queremos dar, sobre los sentidos de la palabra “límites”.

Apoyándonos en estos interrogantes, este trabajo se preguntará por el reconocimiento de los límites sociológicos de la adjudicación judicial sobre los derechos humanos. La referencia a los límites de los derechos humanos en mucho depende de los alcances de diversas posiciones más voluntaristas o racionalistas, positivistas o jusnaturalistas, escépticas u optimistas, individualistas o comunitaristas, objetivistas o subjetivistas, intersubjetivas. En nuestro caso,

pensamos que, con diversos grados de penetración, esas habituales discusiones suelen repetir argumentos planteados y replanteados desde hace muchos siglos. Se trata de debates indudablemente relevantes, pero que muchas veces no logran hacerse cargo de la complejidad de la materia a tratar (Ciuro, 1988, 955).

Una forma relevante de asumir el tema de los límites de los derechos humanos es atendiendo a las vicisitudes que están transformando el derecho continental en estos tiempos. Entre otras, las originadas a partir de una normatividad que se va desplazando de un sistema codificado de reglas a una casuística judicial orientada según principios, la creciente constitucionalización del sistema jurídico, como así también la reconocida ampliación de los derechos humanos. No en vano se ha caracterizado nuestro tiempo como “era de los derechos” (Bobbio, 1992). En otros trabajos hemos tratado de transmitir el impacto que para el marco conceptual de los operadores jurídicos continentales tiene la imagen de jueces resolviendo temas de salud, vivienda, medio ambiente, patrimonio histórico, niñez, ancianidad, información, trabajo, relaciones económicas o internacionales, cárceles y un largo etcétera; todo ello, encarnando una judicialización inimaginable hasta hace pocos años y que aún hoy asombra (Chaumet, 2013, 176 y ss.).

Desde nuestra perspectiva, la aplicación directa de pautas sobre derechos humanos, formalizadas en tratados internacionales y constituciones mediante principios (cuya presencia crece también en las normas infraconstitucionales), supone la puesta en acto de formulaciones muy abstractas. El problema surge al tener que aplicarlos a las diversas controversias, momento en el cual esos conceptos se deben complementar con datos que irremediablemente surgen del caso concreto y que, justamente frente a la necesidad de decidir, generan opciones. Parafraseando a Aarnio (1995), podríamos decir que pocas veces como en estos casos, los artículos de la ley -cuando esta existe- son una banda de goma que el intérprete estira o ajusta según las circunstancias. De allí la selección del tema: el reconocimiento de los límites de la adjudicación judicial sobre los derechos humanos.

Partimos del supuesto según el cual los jueces en su actividad “dicen” y “hacen” y al decir también hacen. En el marco de la teoría del derecho y desde distintas concepciones, la voz adjudicación está fuertemente vinculada con el quehacer judicial². Hay quienes afirman que en la lucha entre los marcos teóricos “en los últimos años ha ganado terreno el paradigma que enfoca los problemas desde el punto de vista judicial y de la controversia. El impacto de las sentencias de los tribunales constitucionales y supremos en el estudio del derecho es una novedad importante y hoy no se concibe el estudio del derecho sin una teoría de la adjudicación” (Calsamiglia, 1999, 219). Se afirma que los jueces adjudican derechos y deberes, responsabilidades y beneficios, que en dicha práctica “parece implausible el empate o la indeterminación”, pero para ella se necesita una teoría que “construya una justificación, la mejor, con los materiales que poseemos y con las mejores herramientas que nos convenzan” (Calsamiglia, 1999, 227).

22

También se precisa que “el juego de la adjudicación es distinto del juego literario o del juego descriptivo de normas” (Calsamiglia, 1999, 219). Es elocuente Schauer (2013) cuando remarca que la diferencia semántica en lo que aquí denominamos “principios” repercute en el razonamiento jurídico interviniendo -entre otras cuestiones- en la discrecionalidad del decisor, la predictibilidad de las decisiones, la eficiencia en la toma de la decisión, la importancia de las responsabilidades políticas, en la autoridad que tomará la decisión, en el momento que se tomará la decisión.

Es evidente que, cuanto mayor es la vaguedad, mayor discrecionalidad tiene el juez. Debido a ello, un elemento inevitable a tener en cuenta al tratar la adjudicación judicial sobre derechos humanos a partir de normas plenamente indeterminadas,

2 La voz fue y es utilizada en las disputas teóricas sobre la discrecionalidad judicial. Sin entrar en ellas, sostenía Hart (especialmente en su polémica con Dworkin): “Jueces de la talla de O. W. Holmes y Cardozo en los EE.UU. o Lord MacMillan o Lord Radcliffe en Inglaterra, y una multitud de otros juristas, tanto académicos como prácticos, han insistido en que el juez tiene una inexcusable, aunque «intersticial» tarea de creación de derecho, y que por lo que al derecho respecta, muchos casos podrían ser decididos de cualquier forma” (Hart, 1980).

es aceptar los imperceptibles límites normativos que pesan sobre los jueces al momento de sentenciar. Insistimos en que, por lo general, las normas sobre derechos humanos no contienen definiciones saturadas, sino que, antes bien, son objeto de discusión. En consecuencia, cabe preguntarse: ¿qué es lo que sucede cuando las definiciones de las que partimos tienen estas características?, ¿qué ocurre con las definiciones que pueden albergar contradicciones, como son las referidas a circunstancias vitales de la vida social?, ¿qué información consideramos se debe tener en cuenta en estos casos para que la decisión tenga razonabilidad? Elementalmente, estos supuestos requerirán de definiciones expandidas y más comprensivas a fin de poder saturarlas en el máximo nivel posible para obtener el mayor grado de razonabilidad. A nuestro entender, solo es posible a partir del reconocimiento de los elementos que surgen de la dimensión sociológica del caso.

La decisión judicial sobre derechos humanos no se circunscribe a la interpretación teórica de una realidad jurídica, sino que se inserta en esa misma realidad. Si se acepta tal condicionamiento, la pregunta por los límites excede el tratamiento normativo³ y debe ingresar en el análisis de la multiplicidad de elementos que condicionan la adjudicación. Conductas, normas y valores se complementan para servir como parámetros tanto para la justificación como para la descripción de las adjudicaciones judiciales sobre derechos humanos. Parece obvio que el juez no solo trabaja con normas, sino que también debe reconocer hechos y que, tanto unas como otros, le imponen valoraciones a tener en cuenta si pretende comprender en profundidad el caso a juzgar. Sus propias decisiones y su argumentación están insertas en marcos de posibilidades normativas, fácticas y axiológicas.

Si los principios sobre derechos humanos (convencionales o constitucionales) son mandatos de optimización dado que mandan la mejor conducta realizable según sus posibilidades fácticas y normativas; si antes de aplicar un principio hay

3 De este modo compartimos las múltiples críticas que se efectúan a los modelos descriptivos que redujeron la explicación de la adjudicación judicial remitiendo exclusivamente a formulaciones normativas.

que llevar a cabo una deliberación previa; si a ello se le suma la exigencia de una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en que el juez no decide al margen del contexto social sino que su conciencia se convierte en conciencia pública; si acordamos las nuevas exigencias que ello impone sobre la pluralidad de destinatarios, prestaciones, formas de audiencia, diversidad de razones, valores en juego; si no se quiere que ello se reduzca a un discurso formal totalmente alejado de lo que realmente ocurre... si convenimos en todo esto, entonces se comprende por qué, tan frecuentemente, surge la voz *complejidad*⁴.

En el marco del derecho muchos son quienes se abren a esta complejidad, así Chaumet (2004, 38 y ss.), además, resultan ilustrativas las ideas de la reconocida jurista francesa Delmas (2004) cuando invita a pensar lo múltiple, a pensar la complejidad de un derecho que dejó ser binario, simple y perfecto. Justamente señala los derechos humanos como un campo fértil para el desarrollo del derecho “múltiple”.

En esta línea, participamos de los marcos teóricos que admiten, en el ámbito de la juridicidad, un objeto complejo integrado, reconociendo en su interior sus aspectos jurídico-sociológicos, jurídico-normológicos y jurídico-axiológicos y, más allá de él, de relaciones interdisciplinarias (Goldschmidt, 1987; Ciuro, 1976; Bidart, 1969)⁵. De igual modo, asumir la complejidad del derecho implica

4 Si pensamos en un conocimiento aplicado (como resulta el caso de cualquier operador jurídico, aun el juez) no podemos sino coincidir con Prigogine (1996, 12) cuando afirma que estamos frente a posibilidades, que las leyes en cualquier área del conocimiento describen un mundo idealizado, un mundo estable y no el mundo inestable, evolutivo, en el que vivimos. Por eso admitimos la analogía que formula Galati (2009, 39) que lo lleva a decir que en el derecho “no sólo poseemos leyes sino adjudicaciones que no son deducibles de las leyes pero actualizan sus posibilidades”.

5 En este marco son ya clásicos los planteamientos de François Gény, Hermann Kantorowicz, Emil Lask, Roscoe Pound, Miguel Reale, Luis Recaséns Siches, Eduardo García Máynez, Luis Legaz y Lacambra, Helmut Coing, Jerome Hall, Carlos Cossio, entre muchos otros. A nuestro parecer, la teoría trialista del mundo jurídico da una pluralidad metodológica (sociológica, normológica y dikelógica) que permite comprender la cuestión en toda su complejidad y superar los reduccionismos jurídicos. En relación al tema puede especialmente verse, tal como lo explica Ciuro Caldani, “a diferencia de Goldschmidt (1987), el fundador de la teoría, quien sostenía el ‘realismo genético’, creemos que no es posible ‘saber’ con

superar los reduccionismos jurídicos. Así, Norberto Bobbio considera que cualquier propuesta jurídica debe superar los reduccionismos (normativista, sociológico y de justicia) que llevan a eliminar o “por lo menos a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan” (1980, 35 y ss.).

Frente a la teoría jurídica dominante (por mucho tiempo solo interesada en problemas normativos), sostenemos que las normas no constituyen el único material a tener en cuenta en una adjudicación judicial; en igual medida, tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico en su complejidad y a los fines de argumentar una decisión judicial a su respecto es menester analizar la interferencia que hay entre hechos, normas y valores. En función de ello, una exposición integradora del tema requeriría tratar los límites sociológicos, normativos y axiológicos que condicionan la adjudicación judicial sobre derechos humanos.

Muchas son las investigaciones que exponen sobre los límites normativos que las propias fuentes formales imponen para la implementación de los derechos humanos (Prieto, 1990, 153 y ss.). También son innumerables las que desarrollan los problemas metodológicos que surgen a la hora de resolver la interpretación, determinación, aplicación de las normas, ni qué hablar de los problemas sobre conflictos normativos. Asimismo, son fecundos los trabajos que tratan los límites que aquí calificamos como axiológicos para la aplicación de los derechos humanos. En el presente trabajo centraremos el análisis en los límites sociológicos que -sostenemos- se deben reconocer a la hora de decidir un caso judicial de derechos

suficiente fuerza demostrativa acerca de una realidad ‘exterior’, que no afirmamos ni negamos; por eso necesitamos apoyarnos en ‘construcciones’ de la ‘realidad’ en las que podemos acordar y nos comportamos teniéndolas como realidad. En nuestro caso, no hablamos de lo que el Derecho ‘es’, sobre lo que se ha discutido interminablemente, sino de lo que consideramos de posible interés común tratar como objeto jurídico. Sin sostener que el Derecho ‘es’ ‘trial’ ni ‘tridimensional’, decimos que nos parece de destacado interés considerarlo de esta manera” (Ciuro, 2004).

humanos. Es más, destacaremos lo insatisfactorio que a nuestro parecer resultan los tratamientos reduccionistas -tanto normativistas como axiológicos- al no reconocer los aspectos sociológicos de la adjudicación judicial sobre derechos humanos.

Los límites sociológicos

El operador del derecho que interviene en su aplicación siempre inquiere el sentido de las normas con vistas a los hechos: “éstos son algo más que el «caso» o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas” (Hernández, 1971, 116 y ss.).

Si admitimos que las normas son fuentes de motivación de las conductas, pero que existen otras fuentes de motivación, ello indica que no es posible escindir la adjudicación judicial sobre derechos humanos del contexto situacional del juez, sus propias concepciones políticas, morales, sociales y culturales, entre otras. Por todo eso se destaca que la implicación entre derecho y sociedad es recíproca (Chaumet, 2007, p. 1246 y ss.). No obstante, los diversos desarrollos teóricos que muestran el significado de los hechos en el derecho, todavía hoy se oyen voces que califican como puro pragmatismo, realismo jurídico decisionista o sociologismo, a cualquier decisión judicial o análisis teórico que asume los elementos fácticos del conflicto (Chaumet, 2007, 1246 y ss.). También es cierto que la historia de Occidente recurrentemente ha demostrado que cuando el mundo concreto es considerado absurdo o asfixiante, opresivo, disvalioso, se buscan vías de referencia a lo abstracto Ciuro (2000).

En reiterados trabajos hemos dicho que asumir la complejidad de un caso implica necesariamente asumir el análisis de su dimensión sociológica. Es más,

queremos reiterar que ello no importa una operación complementaria del resto de las dimensiones de lo jurídico, sino que para poder entender con plenitud los aspectos normológicos y axiológicos de una decisión judicial no se puede marginar su dimensión sociológica. Es que “en la operatividad práctica y especialmente en la aplicación judicial, el sentido de las normas no es desligable por entero de su incidencia en los hechos” (Ruiz, 1987, 136). Lo mismo sucede con los aspectos axiológicos del caso. Si no se quiere caer en posturas aprioristas, no hay que resistirse a asumir la dimensión sociológica del problema. Toda valoración supone la realización de un deber ser ideal aplicado. Si no hay realidad a valorar, no hay valoración.

Hay que remarcar que se trata de realidades incluso muy diversas de las que plantean las normas:

La enorme trama que se va evidenciando cuando se trata de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones nos es inabordable y en ciertos sitios hay que recortarla, pero no es acertado desconocerla. Obviamente, no creemos que el recorte de la realidad social deba pasar de modo necesario por los límites con que la conciben las normas. Por ejemplo: ¿aunque sea ilegal e ilegítimo, son siempre los jueces los integrantes (normalmente sobrevenidos) de los casos que habrán de resolverlos?; ¿cuál es el poder ‘parajudicial’ de los comunicadores de masas?; ¿a quiénes se grava cuando se sanciona al componente de una familia con pena privativa de la libertad?; ¿cuáles son los alcances penales y civiles completos de una lesión?; ¿cuáles son las impotencias reales, los perjuicios vitales completos, de quien es penado con la privación de la libertad física? La complejidad de la realidad social, incluso más allá de las normas, es gigantesca y los ejemplos podrían seguir al infinito (Ciuro, 2011).

Ya hemos subrayado que hoy más que nunca, desde los parámetros del Estado constitucional, para tomarse los derechos humanos en serio es imprescindible también tomar los hechos en serio (Chaumet, 2007). También dijimos que seguramente alguien impugnará este juego conceptual de utilizar el paradigmático título de Dworkin,

expresando que precisamente él lo propiciaba contra posturas realistas que a su entender no asumían que existen derechos que ningún gobierno ni una mayoría pueden negar sobre la base de beneficios o perjuicios generales (Chaumet, 2007). No hay contradicción: precisamente pretendemos destacar que, para reconocer los alcances de tales derechos, es necesario comprender su dimensión sociológica; reconocer quiénes son sus repartidores (conductores), sus beneficiarios (destinatarios), cuál es el objeto de la adjudicación, por qué camino o forma se arribó y cuáles son las razones que se tuvieron en cuenta, distinguiéndose, en su caso, los móviles de los conductores de las razones que alegaron y de las razones sociales.

Las distribuciones

Bajo el presupuesto de garantizar los derechos de la persona aislada, la juridicidad moderna casi con exclusividad consideró a las adjudicaciones que provienen del ser humano individualmente considerado. Lo particularmente moderno consistió en que los derechos humanos se atribuyeron a sus titulares, sin consideración a su participación en un determinado grupo o clase social, su ubicación territorial, su pertenencia cultural o religiosa. Se aceptaba la posibilidad de limitar los derechos solo para garantizar el ejercicio de esos mismos derechos a los demás individuos. El sistema de derechos se inspiraba en la protección de la autonomía individual. Por ello los derechos humanos solo se concebían “en el marco de una relación binaria entre individuos titulares de derechos y el Estado, en el cual el objetivo principal de los derechos es salvaguardar la autonomía del individuo frente al Estado” (Prado, 2007, 61). De esta forma: “se presume la libertad y se debe demostrar lo contrario, es decir la legitimidad de su limitación” (Prado, 2007, 90). Hoy, la consideración a los límites de los derechos humanos puede desarrollarse con significados muy distintos según la ubicación social, cultural y la clase a las que pertenezcan quienes hacen las adjudicaciones y quienes la reciben.

La adjudicación judicial está condicionada por distribuciones de la naturaleza, de las influencias humanas difusas y del azar. La referencia a ellas es de gran utilidad para comprender los límites de la adjudicación sobre los derechos humanos. Como lo especifica Ciuro Caldani, las adjudicaciones jurídicas se desenvuelven en gran medida en concreciones biológicas (en nuestro días, relevantemente genéticas), psicológicas (en gran medida referidas a las tensiones entre el Ello, el Súper-yo y el Yo), antropológicas (expuestas en las múltiples diversidades de lo humano), económicas (en el desenvolvimiento de los procesos de producción, distribución y consumo), religiosas, políticas (más organicistas o contractualistas, más comunitaristas o individualistas), lingüísticas (formadas por las estructuras y usos de las lenguas), naturales (condiciones geográficas, climáticas, ambientales, etc.). Ellas viabilizan y limitan la adjudicación judicial (Ciuro, 2012, 95 y ss.).

Si la adjudicación judicial se inserta dentro de un marco de posibilidades fácticas creemos que no se pueden desconocer los límites que le imponen las fuerzas sociales, culturales, económicas, políticas, que condicionan su decisión. Es que todo ser humano vive en las influencias de su posición de clases, del influjo religioso, de la lengua, etc. Mucho es lo que la economía, la lengua y la religión definen en cuanto a lo que los seres humanos somos y debemos alcanzar (Ciuro, 2012). Solo actitudes radicalmente voluntaristas o racionalistas pueden ocultar su significado. Desde ya, y tal como lo reiteraremos, el reconocimiento al límite no importa necesariamente sometimiento, sino, en su caso, asumir en forma consciente y estratégica los medios para superar la resistencia.

Corresponde también tener en cuenta que no son pocas las voces que han discutido acerca de la existencia de la “libertad” en que se apoya toda conducta, también la judicial. En este sentido se ha afirmado que “el Derecho, al menos como es pensado desde tiempo inmemorial, y sobre todo desde la Edad Moderna, necesita construir una ‘libertad’ que no sabemos siquiera si existe (¿hay un contratante libre, un delincuente libre, una parte procesal libre...?)” (Ciuro, 2007). Si extremáramos

la crítica se podría también preguntar: ¿cuánto es libre el juez? No participamos de posturas radicalmente escépticas, pero tampoco de idealismos, cuanto menos ingenuos, que no se hacen cargo de los condicionantes sociales en que se inserta la adjudicación judicial. Por ello, a nuestro parecer, ello no conlleva a caer en la actitud de desconocer que debajo de esas fuerzas que se manifiestan en forma difusa, hay personas que tienen una mayor fuerza conductora, que hay repartidores (Chaumet, 1986, 197 y ss.).

Indudablemente, la fuerza adjudicataria proviene del reparto de los jueces, pero cobra también relevancia la noción de influencia humana difusa. En síntesis, también cabe preguntarse cuál es la aptitud repartidora de los jueces. Son múltiples las fuerzas sociales que condicionan su reparto. En nuestro tiempo (más alegadamente “democrático”), al apoyarse menos la juridicidad en el individuo y más en indeterminaciones colectivas (pueblo, voluntad general, mayoría) se amplía el marco de la juridicidad hacia las influencias humanas difusas. En la sociedad actual tienen especial relevancia los límites que producen las influencias humanas difusas de las relaciones económicas de producción, distribución y consumo. Los intereses económicos suelen paralizar o movilizar la intervención judicial llegando a producir desjudicialización y judicialización⁶. En la cultura del imperio de la utilidad, donde en gran medida el ser humano vale o no vale por su utilidad, la finalidad de los derechos humanos es ponerle límites.

Todo esto no quita que los jueces no deban tener conciencia sobre las consecuencias económicas que traen aparejadas sus decisiones. En los hechos, estas pueden quebrantar los derechos humanos de las partes y de terceros. Una cosa son los intentos para superar los límites que impone el economicismo y otra es no representarse ni reconocer los límites que impone el costo de los derechos.

6 Por otra parte, toca tener en cuenta lo subrayado por Ciuro (2018): “La judicialidad, la judicialización y la desjudicialización constituyen un área jurídica en sí muy tensa y esa tensión se incrementa ahora por condiciones emergentes de una nueva era” (16).

Los caminos judiciales para vencer los límites son diversos, pero para establecer qué medios necesitamos poner para superar el límite, es imprescindible no ignorarlo.

Se invoca también la inadecuación de la estructura del poder judicial y su posición para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos. Todos los derechos (políticos y sociales) tienen también su costo y su judicialización puede llevar a que la política presupuestaria (tanto del Estado como de particulares) quede, en gran medida, en manos de los tribunales. Es imperioso señalar que al tomar decisiones de este tipo se pueden comprometer recursos que tornen ilusoria la realización de otros derechos humanos. Uno de los temas más tensos al respecto es la propia posibilidad del control judicial de las leyes de presupuesto (Sagüés, 2001, 63 y ss.). Se dice que los recursos están destinados a atender las necesidades de toda la población y si todos aquellos que padecen necesidades pretendieran que las pague el Estado, ¿cuál sería la respuesta de este último?

Con relación a los *derechos imposibles*, Sagüés (2001, 63 y ss.) nos advierte que, de conformidad a la práctica jurídica prevaleciente, es altamente probable que las declaraciones de los órganos legislativos y ejecutivos sobre un estado de necesidad que imposibilitara al Estado cumplir con las exigencias constitucionales sean objeto de algún tipo de revisión judicial de constitucionalidad, a fin de impedir la violación a los derechos constitucionales fundamentales. Sin embargo, Sagüés aclara que :

Si los jueces constitucionales estiman, después de un juicio responsable y cuidadoso, que la reputación ejecutiva y legislativa de un derecho como 'imposible' es incorrecta y que, por ende, el derecho es 'posible', corresponde que ordenen efectivizarlo. Pero el problema no termina allí. En un sistema judicial de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad de actos u omisiones estatales, tan divulgado en Latinoamérica mediante las acciones de amparo, pueden darse soluciones heterogéneas y dispersas, cuando no disímiles, por parte de diferentes magistrados, ya que se arbitrarían caso por caso, y, también, porque la 'caza' judicial de partidas vulnerables de donde obtener el dinero, puede alterar la provisión de fondos para cubrir, a su turno,

necesidades también sociales -como salarios, medicamentos, bibliotecas, obras públicas, administración de justicia, etc.- a las que podrían aludir las partidas entonces erosionadas por el quehacer judicial para cumplimentar con los derechos fundamentales espuriamente ‘imposibles’. El dinero, en efecto, no es infinito: lo que se obtiene para cierta partida disminuirá la de otra. En ese orden de ideas, consentir que centenares o miles de jueces -que no son expertos en economía ni en contabilidad pública- puedan retocar cotidianamente al presupuesto oficial no es, por cierto, una buena muestra de orden financiero ni de, en su caso, equilibrio fiscal o administración ideal de la Hacienda Pública. (2016, 335 y ss.).

El reconocimiento a los derechos humanos supone excluir la “venta” de valores que constituye la corrupción. Sin embargo, en un clima como el de este tiempo, en que todo se convierte en mercancía, apremia desplegar los medios que permitan superar los límites el hecho de que la propia sentencia se convierta en mercancía (que se la compre y se la venda) causa a los derechos humanos. En pocos países se puede negar el límite: la corrupción es en gran medida arrolladora. Con relación a los argentinos se ha dicho que “poseemos la calificada inteligencia requerida para comprender el maquiavelismo frecuente de la conducta humana, pero no la necesaria para apreciar que una sociedad con tanta ‘viveza’ y demasiado corrupta no puede funcionar” (Ciuro, 2017). Reiteramos que para vencer el límite es necesario su reconocimiento.

La adjudicación judicial de derechos humanos suele ser reflejo de circunstancias históricas, parámetros religiosos, culturales, educacionales. Asimismo, los jueces desenvuelven su judicialidad desde los despliegues en que han sido formados. En países culturalmente dependientes como la Argentina, se genera una excesiva recepción de modelos jurídicos extranjeros. De ese trasplante surgen respuestas jurídicas vinculadas a los derechos humanos que desatienden los límites que suscita el comprobar que el ser humano es en sus propias circunstancias (Meroi, 2008).

Entre los límites culturales que deben sortear las decisiones judiciales en materia de derechos humanos, están las referencias maniqueas que escinden la concepción de la sociedad entre “puros” e “impuros” buscando la supresión del mal. En muchos lugares se habla de la grieta cultural. La grieta dificulta la marcha de los derechos humanos, genera obstáculos de todo tipo, “principalmente psíquicos, por enfrentamientos de deseos, sociopolíticos, socioeconómicos y de cuestiones vitales que obligan a permanentes replanteos de los proyectos, sea con resultados de mantenimiento o cambio. Los argentinos hemos vivido así durante mucho tiempo en constante incertidumbre personal y social.” La grieta empuja a utilizar conceptos de enfrentamiento. Parafraseando a Ciuro Caldani podríamos decir que no todos los adversarios son corruptos, obsecuentes, vendepatrias, que “rotular a los seres humanos puede ser una manera de deshumanizarlos”, que la grieta suele promover la inestabilidad de los derechos humanos (Ciuro, 2017, 1 y ss.).

Lo mismo cabe decir con relación a las limitaciones que impone la naturaleza. Aunque no lo queramos, hay límites que presentan las distribuciones de la naturaleza que no se resuelven como una simple opción. En Argentina las problemáticas que deben tener en cuenta los jueces de la pampa húmeda, la Patagonia, el altiplano, el Chaco, son muy diferentes (Ciuro, 2015, 21). En estos días, la sociedad pretende asumir los riesgos que implica para la humanidad no tener en cuenta los límites que opone la naturaleza. En tal sentido es cautivador lo expuesto por François Ost:

En mis trabajos sobre la naturaleza, después de haber opuesto los dos paradigmas que dominan el debate, un paradigma antropocéntrico (que conduce a la crisis ecológica actual al negar nuestros lazos con la naturaleza, reduciéndola a un simple objeto) y, a la inversa, un paradigma biocéntrico (la *deep ecology* que pretende no hacer diferencias entre el hombre y la naturaleza -una naturaleza que deviene sujeto-), yo desarrollo una aproximación dialéctica que llamo el «proyecto» para el medio. Muestra lo que hacemos a la naturaleza y, a su vez, lo que ella hace de nosotros; extraigo de ello una forma de responsabilidad con respecto a ese medio, al que nosotros pertenecemos, sin por ello identificarnos con él (en Aienza, 2017, 387-413).

En esta línea de ideas, uno de los mayores desafíos que nos deparará nuestro tiempo, motivado sobre todo por la posibilidad de manejar el patrimonio genético de la humanidad, será la forma en que encaremos el debate acerca de los límites de los derechos humanos. Obliga por lo menos a tener en cuenta la advertencia que señala que:

El predominio de la utilidad en la formación de sujetos condicionados llega a la posibilidad de que a mediano plazo las características de los seres humanos sean determinadas por el mercado a través de las sendas maravillosamente promisorias pero riesgosas del dominio genético (Ciuro, 2010, 65-76).

La referencia a los límites naturales ya es una trama insoslayable.

Esta última forma de distribución (la influencia humana difusa) es la que cobra especial significación en los casos judiciales de nuestros días y es precisamente la que ha puesto en crisis la juridicidad que la modernidad elaboró sobre la idea del sujeto individualmente considerado. Por ejemplo, en mucho, el derecho procesal en el derecho continental se empieza a abrir a legitimaciones colectivas, dado que la noción tradicional de proceso de legitimaciones recortadas no satisface las necesidades de este tiempo. Así insistiremos en que:

Las particularidades del mercado y la tensión de éste con la democracia llevan a que los jueces deban enfrentarse a menudo con intereses difusos, que les exigen replanteos de su estilo de pensamiento tradicional, referido a partes individualizadas, y los acercan a lo que se solía considerar espacio político de los otros poderes. (Ciuro, 2018, 1150 y ss.).

Los repartos

Para comprender plenamente los repartos hay que reconocer sus elementos; a saber: quién reparte, quién recibe, quién se beneficia y quién se perjudica, qué es

lo que se reparte, cuáles son las formas para lograr el reparto (camino previos), las razones del reparto (entre las que se pueden distinguir los móviles de los repartidores, las razones alegadas y las razones sociales (aquellas que atribuye la sociedad a los repartos cuando considera que son valiosos) y por la autoridad o la autonomía en que pueden desenvolverse.

Desde el análisis de quien reparte en los casos judiciales sobre derechos humanos ya hemos sostenido que no es posible escindir al juez de las demás fuentes de motivación de sus conductas, razón por la cual sus concepciones políticas, morales, sociales y culturales, influyen, en su decisión. Por eso Ross (1958, 63 y ss.) marcaba que, con el fin de postular una relación causal comprobable y explicativa de las decisiones jurídicas, es preciso acudir a otros criterios que superan el texto normativo, esto es, a lo que él denominaba *la ideología normativa* de los operadores jurídicos. Desde una perspectiva que pretende aproximarse a la adjudicación sobre derechos humanos, resulta innegable que en no pocas ocasiones todos los operadores jurídicos, inclusive los jueces, hacen prevalecer sus preferencias morales desde las formulaciones normativas.

En este sentido con clarividencia señala Schauer que cualquier norma destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida. No obstante, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias. Debido a ello nos muestra que el participante de la práctica jurídica “juega” con las reglas jurídicas ajustando su comportamiento a ellas, dependiendo de la restricción y la fuerza que se presenta en determinados dominios jurídicos y la forma en que están redactadas las normas. En el tema, no nos debemos olvidar el grado de indeterminación que tienen las normas sobre derechos humanos (Schauer, 2004). Es por todo esto que adherimos a los muchos que sostienen que la adjudicación judicial sobre derechos humanos también se caracteriza por la incidencia de las *preferencias morales* de los jueces en sus justificaciones, y no necesariamente de lo prescripto en las normas jurídicas.

Si se trata de los límites de la adjudicación judicial sobre derechos humanos también correspondería explicar los aspectos psicológicos del juez, los que también se relacionan con sus sesgos cognitivos⁷.

La invocación simplificada de principios sobre derechos humanos de alta carga retórica puede constituirse en una herramienta peligrosísima en la metodología judicial (también doctrinaria), especialmente si se admite que el reconocimiento y la consideración de los otros, pueden ser pensados como unas de las necesidades básicas del ser humano. Un estudio de psicología judicial podría iluminar sobre el sesgo motivacional que puede generar un uso axiomático de los principios en la adjudicación judicial, de promover (siempre en forma gradual) al “Juez Eróstrato” que en la cultura mediatizada de este tiempo quiera tener un momento protagónico y con ello satisfacer su necesidad de reconocimiento⁸.

El *erostratismo* jurídico no solo se vincula con los medios masivos de comunicación. La necesidad de notoriedad se expande en un espacio público científico, análogo al espacio público social. La búsqueda del reconocimiento en el espacio científico bloquea el desempeño judicial y el doctrinario. Todo ello se agudiza en países donde se manifiesta una marcada confusión de roles, especialmente entre doctrina y judicatura. El *erostratismo* jurídico se acopla con un espacio circular que va desde las decisiones judiciales, los artículos doctrinarios y su publicidad. Con frecuencia el móvil para utilizar ciertos argumentos en la justificación de la sentencia está dado por la búsqueda de notoriedad en el espacio doctrinario. Esta relación también se da con la invocación de argumentos basados

7 Cabe tener presente los descubrimientos de la psicología relacionados con el juicio humano y con las tomas de decisión en entornos de incertidumbre (ver Kahneman, 2012).

8 Cabe recordar que la acción realizada por Eróstrato (incendiar el templo de Artemisa de Éfeso, considerado una de las siete maravillas del mundo con el único fin de lograr fama a cualquier precio) forjó el complejo de Eróstrato, el trastorno según el cual el individuo busca sobresalir, distinguirse, ser el centro de atención. De la noción “erostratismo”, lo que más nos interesa es el por qué -afán de notoriedad- aunque también puede implicar en lo judicial al “qué”, en cuanto sea entendido como el logro de una acción resonante y no limitado a una acción delictual (Chaumet, 2017,13-41).

en derechos humanos y permite el desarrollo de un “adoctrinamiento” en el que se inculcan “modas jurídicas” para generar tendencias.

La pregunta acerca de quiénes son los que reciben en un caso sobre derechos humanos -quiénes son sus beneficiarios y gravados- es una de las más significativas en la adjudicación judicial. Más aún si se sostiene que atender a sus límites, es reconocer a los derechos humanos de los otros implicados. El interrogante acerca de cómo garantizar a aquel que no participa y que de una u otra forma puede verse perjudicado por una decisión judicial, es uno de los tantos temas a debatir cuando se piensa en el rol del poder judicial de nuestros días y de los límites que enfrenta la adjudicación sobre derechos humanos. A diario resulta evidente que lo que se decide en el caso se proyecta sobre sujetos que no participan directamente en el conflicto. Reiteramos que los jueces deben replantear su estilo de pensamiento tradicional referido a partes individualizadas en los expedientes.

A título de ejemplo, en el caso *Fornerón*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reflejó la injusticia de las decisiones que, desde la aplicación al caso del interés superior del niño, omiten la consideración plena de todos los afectados en el conflicto (Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, 2012).

Una corte suprema, un tribunal internacional sobre derechos humanos, seguramente sabe y tendrá en cuenta que el marco de los beneficiarios trasciende a quienes discuten la causa. Ni qué hablar de los casos de derechos de incidencia colectiva. La necesidad de determinar quién o quiénes están detrás de las pretensiones y conocer los intereses que defienden o qué tipo de beneficios persiguen es una de las tareas de mayor dificultad en estos casos. En alguna oportunidad hemos tenido la posibilidad de destacar que había que considerar el derecho a la salud del pretensor en atención a los derechos a la salud de los restantes miembros de una asociación mutual demandada.

El reconocimiento de todos los destinatarios de la adjudicación también hace al análisis normológico y axiológico del caso. Cuando las propiedades del caso no están determinadas en las normas (i.e., están configuradas en forma abierta) hay que concebir una reformulación ideal de aquellas que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes. Por ejemplo, solo una visión ultraindividualista de las normas sobre la propiedad podría obviar el tratamiento del sujeto pasivo de la relación.

Las doctrinas de cuño comunitarista remarcan su crítica a la pretensión de concebir los derechos humanos con total abstracción de un determinado contexto social, señalando que:

Los derechos defienden los intereses no solo de un individuo aislado, sino de individuos involucrados en una variedad de formas de interacción dentro de un tipo dado de comunidad. En otras palabras, la importancia del sistema de derechos no se deriva de su carácter de restricciones a la autoridad y al proceso político derivadas de ciertas propiedades abstractas de los individuos, sino más bien del papel que juegan en la sustentación de ciertos bienes colectivos que configuran, en una comunidad determinada, el ámbito de desarrollo de la libertad individual. (Prado, 2007).

En mucho, la complejidad del objeto de la adjudicación solo es reconocida plenamente al analizar la dimensión sociológica del caso. Desde este punto de vista, el juez reparte intereses. Aunque obvio, es ilustrativo especificar que la vida se manifiesta en intereses que no son exclusivamente económicos. Determinar cuáles son los intereses que afecta, beneficiando y perjudicando, es uno de los temas centrales para una teoría jurídica sobre derechos humanos que asuma la complejidad del fenómeno jurídico. ¿Qué significa, en los hechos, darle o quitarle una guarda a un progenitor, condenar a pagar o privarle de la libertad a una persona encerrándolo en una cárcel, sostener que un acuerdo de paz es o no es válido? Lo que un juez declara o condena, se inserta en un proceso vital porque tantos pesos, tantos años de cárcel, implican preguntarse cuánta vida significan. La prisión será

necesaria e imprescindible, pero ello no debe hacernos ignorar la pregunta acerca de ¿qué es la prisión en este caso?⁹.

Con precisa sensibilidad un juez argentino publicó la pregunta de una menor, “¿Cuánto tiempo es un tiempito?” Una niña en un proceso de adopción, le había solicitado al juez que le dijera cuándo tendría una mamá, y aquel le había respondido *en un tiempito*, por lo que la niña a su vez le repreguntó: ¿Cuánto tiempo es un tiempito? (Molina, 2016). Solo en los hechos, los justiciables saben el significado vital de los plazos procesales.

La posibilidad de distinguir entre las pretensiones formalmente ejercidas en un pleito sobre derechos humanos, de aquello que realmente se pretende repartir (el objeto del reparto del caso), demuestra que su potencial falta de correspondencia añade un ingrediente de dificultad al caso que muchas veces hace tensa su resolución y, mucho más, su justificación. En otros términos, deviene necesario en los casos judiciales dilucidar qué es lo que realmente se pretende repartir, dado que en muchos de ellos las pretensiones son planteadas en busca de otros fines de los que se invocan. En cuanto al objeto de la adjudicación, huelga repetir que la comprensión del medio ambiente, del consumo, del patrimonio histórico, cultural, lingüístico, requerirá esfuerzos especiales del juzgador que no encontrará simplemente en las normas. Abordar el análisis de dichos problemas supone la aceptación decisiva de la influencia de otras disciplinas, en muchos casos interactuando entre ellas. En muchos supuestos el juez debe integrar su conocimiento -sin diluirlo- en la interdisciplinariedad. Para los reduccionismos jurídicos ello no es relevante. En no pocas ocasiones hemos dicho que en gran medida el paradigma jurídico

9 Desde el trialismo, dice al respecto Ciuro Caldani (1988): “Lamentablemente, a fuerza de reducir el planteo del Derecho a leyes, a lógica, a lenguaje o a ‘reglas naturales’, se ha dejado de lado la comprensión de la importancia de los ‘casos’ en la complejidad que presenta la vida, que los hombres de Derecho permanentemente debemos encarar. No referirse a la vida, porque es un concepto muy difícil de definir, es dejar de lado lo que, casi seguramente, más nos interesa, a los juristas y, obviamente, a los seres humanos en general. El hecho de vivir es, de cierto modo, una prueba del interés que podemos tener en la vida”.

dominante de la modernidad fue construido en un momento en que no se habían desarrollado la antropología, la psicología, la economía, entre otras disciplinas. Otra categoría conceptual que nos ofrece el trialismo a la hora de asumir la complejidad de la adjudicación judicial surge de las formas del reparto. El proceso es la forma típica de los repartos de autoridad. Para que en los hechos haya realmente proceso es necesaria la existencia real de audiencia. Las características culturales de la posmodernidad dificultan las posibilidades reales de audiencia y, en consecuencia, la posibilidad misma de proceso (Chaumet, 2014, 47 y ss.).

La crisis de la subjetividad, de la racionalidad lógico-formal, el reemplazo del discurso de razones por el hiperrealismo de las formas y la optimización de la eficiencia, con un alto grado de pretensión pragmática y técnica (en especial con el abarrotamiento de imágenes con que, según Vattimo, nos contaminan los medios de comunicación) obstaculizan también las posibilidades de audiencia. Ello es frecuente en las “megacausas” sobre derecho humanos. Al respecto Ciuro Caldani advierte que la comunicación libera, pero también esclaviza, que día a día los hombres se “encadenan” de manera invisible a los medios de comunicación de masas. En función de ello, describe uno de los límites más alarmantes de la razón judicial: “el enorme despliegue de los medios masivos de comunicación e información contribuye a la alteración profunda del papel y la razón judiciales. La razón judicial se refiere a hombres ‘libres’, no a sujetos esclavos del poder comunicativo o informático”.

Sociológicamente hablando, la constatación de una audiencia real es algo que se comprueba. Hay que resistir los límites que impone la cultura mediática de este tiempo, evitar que el proceso judicial sea, en los hechos, la máscara de meras imposiciones. Como lo hemos señalado en otros trabajos, es menester asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico. Es en función de ello que valoramos los requerimientos de la perspectiva dialéctica en el aspecto confrontativo del discurso y, debido

también a ello, reivindicamos la vigencia y significación del contradictorio. En el marco de los derechos humanos ello es imprescindible.

En la adjudicación judicial el trialismo permite distinguir entre las razones alegadas por los jueces, sus verdaderos móviles y el grado de razonabilidad social de la adjudicación.

El Estado de Derecho pone énfasis en la justificación de las decisiones judiciales. Pese a ello, hay casos en los que las sentencias, aun las referidas a derechos humanos, son una mera apariencia formal que se usa para disfrazar los verdaderos móviles de sus autores. La sospecha por parte de la sociedad o de los destinatarios de las decisiones de la falta de correspondencia entre las razones alegadas en estas y sus móviles las priva de razonabilidad social¹⁰. Es así como en ciertos momentos la comunidad supone que con ello se envuelve una hipocresía generalizada.

En materia de derechos humanos ello tiene consecuencias gravísimas. Para el trialismo, una decisión judicial estriba en razones sociales en la medida que la sociedad para la cual está destinada la estima como digna de ser repetida. Por ello se ha dicho que “aunque no es concebible un consenso total respecto de la tarea de los jueces, es importante que los jueces obtengan consenso y sean constructores de él” (Ciuro, 2012, 602 y ss.).

No en vano en estos tiempos se proclama que la fuerza de convicción de una decisión judicial se juega desde la precomprensión del caso; la sociedad sabe que no todos los argumentos por los cuales se lo decide están en su justificación y en muchos hasta hay un divorcio que le quita transparencia a la decisión. Es más, considerables voces afirman que ha sido a partir de la *amplificación* argumentativa de ciertas decisiones judiciales por lo que algunos tribunales en el mundo han ganado su prestigio. Esto permite sostener que la razonabilidad de las decisiones judiciales

10 “El subordenamiento será siempre al fin lo que, dentro de los espacios de que dispongan, digan los tribunales, en definitiva, los tribunales superiores. El legislador y el público en general lo saben, de aquí la agudización de los debates en torno a la integración de la Corte Suprema” (Ciuro, 2000, 1021 y ss.).

es un fenómeno cultural del cual depende la respectiva “fuerza de convicción” que en mucho se realiza cuando ellas resultan insertas en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate. Carlos Cossio instruía acerca de la “fuerza de convicción” de la sentencia (Cossio, 1964, 623).

En el clima de la posmodernidad una de las mayores dificultades que se originan en los casos es la posibilidad de comunicar a la sociedad las razones con las cuales se justifica una decisión. En gran número de ellos, los jueces fracasan en lograr que sus sentencias tengan “fuerza de convicción”. Cabe recordar que la justificación de las decisiones judiciales es una de las maneras de asegurar la “viabilidad social”.

En síntesis, urge reparar en estos límites por la significación que tiene para un Estado de Derecho la fuerza de convicción que deben desarrollar las sentencias sobre derechos humanos.

42

Creemos que uno de los grandes aportes del trialismo para comprender la realidad fáctica del caso es el reconocimiento de los límites que puede encontrar todo reparto. Una de las cuestiones más importantes en la teoría de la adjudicación judicial es la de los límites necesarios que la realidad social le impone al reparto judicial. La adjudicación judicial está condicionada siempre por el contexto personal y social del juez. Se hace necesario asumir que muchas veces, aunque queramos no podemos. Es factible conjeturar que Lassalle (1957) señalaría que la adjudicación judicial en materia de derechos humanos es viable en un marco de constitución material, en un espacio de factores de poder que hay tener en cuenta para no tropezar con ellos.

Los límites generales de todos los repartos pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos y socioeconómicos. Hemos tratado de señalar cómo la tarea judicial sobre derechos humanos se desenvuelve en relación con esos límites. Los límites especiales aparecen en cuestiones vitales, donde al momento del cumplimiento estos son replanteados, sea con resultados de mantenimiento o abandono. La adjudicación judicial de derechos humanos debe tenerlos en cuenta, para vencer

el límite debe ser consciente que en cuestiones vitales el destinatario de la decisión replanteará su cumplimiento.

Para el trialismo los repartos que no tienen éxito por encontrar límites son repartos frustrados. De allí que en el ámbito de los derechos humanos importa saber si tomamos conciencia de los límites o caer en voluntarismos que producen *derechos humanos frustrados*.

En síntesis, entendemos que para comprender los límites de la adjudicación judicial sobre derechos humanos cabe también reconocer la realidad fáctica situacional en que se desarrollan, que incluye repartos y distribuciones de la naturaleza, del azar, de la influencia humana difusa.

Los riesgos de los reduccionismos normativistas y dikelógicos

Así, al tomar decisiones con normas, interesa saber en qué medida reflejan esa realidad, en qué grado se cumplen y si fueron elaboradas con propiedad. El juez es uno de los principales engranajes de ese enlace entre norma y realidad social. Hemos dicho que la constatación de la exactitud de las normas es especialmente significativa en el Estado constitucional y democrático de derecho, para evitar que el derecho sea una pieza ideológica que sirva para encubrir lo que sucede en la realidad. En mucho, la construcción que en nuestros días se realiza del concepto de derechos humanos, supone admitir que la existencia formal de un derecho implica necesariamente la garantía de reclamar ante un juez su efectividad (Chaumet, 2005, 145 y ss.).

En materia de derechos humanos las investigaciones teóricas jurídicas del siglo XX desarrollaron grandes despliegues sobre sus límites desde las normas jurídicas que creemos son de referencia ineludible. En último término, las limitaciones

establecidas para ciertos derechos en particular, también expresan que no solo los derechos pueden limitar a otros derechos, sino que existen valores o bienes sociales que limitan o restringen su ámbito de ejercicio. También en este ámbito los textos normativos utilizan un lenguaje amplio y ambiguo, recurriendo a expresiones como moral pública, seguridad del Estado, orden público, etc., entregando al legislador y al poder judicial las facultades de concretar las implicancias de estas limitaciones (Prado, 2007).

Tal como lo hemos anticipado, hemos condicionado el análisis a los límites jurídicos sociológicos de la adjudicación. Si acordamos que las normas sobre derechos humanos también son fuente de motivación de conductas, la vinculación entre las dimensiones normológica y sociológica es especialmente relevante para que a los derechos humanos se los conciba en la existencia concreta de las personas. Ciertamente el reconocimiento de los límites sociológicos de la adjudicación judicial sobre derechos humanos es transcendental para lograr la eficiencia (capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado) y la eficacia (aptitud para lograr el efecto que se desea o espera), de las normas sobre derechos humanos.

La desvinculación entre las fuentes formales sobre derechos humanos y su dimensión sociológica, impide visualizar que hay seres humanos que viven en situación de ocultamiento formal, que es una de las expresiones mayores de la marginalidad jurídica: “si las normas las hacen los que mandan, es posible sospechar que hay realidades diversas de las que plantean”. La lucha por los derechos humanos implica evitar que las fuentes que formalizan sus normas se conviertan en fuentes que no son verdaderamente tales, de carácter solo propagandístico o meros espectáculos.

Conviene reiterar que hemos asumido como forma de aproximación a los derechos humanos que las normas no son la única fuente de motivación de las conductas. De ahí que no sea posible escindir a los jueces de las demás fuentes

de motivación de sus conductas, razón por la cual sus concepciones políticas, morales, sociales y culturales, y el contexto social en el que deciden, influyen y limitan la adjudicación judicial. En función de ello, también queremos destacar lo inaceptable que nos resultan tanto los reduccionismos normativistas como dikelógicos, dado que no se hacen cargo de los despliegues sociológicos del tema. Así se ha llegado a apuntar que:

Desgarrada la cobertura normativista que impuso la ideología de la exégesis, los casos muestran ahora con frecuencia, sobre todo cuando no está en juego el sistema dominante, una politización 'light' que los jueces no se encuentran en condiciones de afrontar y las consecuencias llegan a un descrédito muchas veces inmerecido de su desempeño o al condicionamiento de sus decisiones. Las fronteras antes a menudo excesivas entre el juez, el administrador y el legislador hoy tienden a borrarse. La 'edad de la pureza' del papel del juez, signada por el pensamiento de Montesquieu, está en honda modificación, pero —avanzando en el terreno valorativo— cabe señalar que el camino no es el retorno a una 'complejidad impura' sino el desarrollo de una 'complejidad pura', que lo 'integre' en el resto del mundo del Derecho, de la política y de la cultura. (Ciuro, 1998, p. 602 y ss.).

Corresponde evitar los sesgos que produce la *fuertza mágica de los conceptos vinculados a los derechos humanos*. Estos pueden influir limitadamente en la realidad, no transformarla con los alcances que muchas veces solemos pretender cuando no se reconocen la dimensión sociológica del fenómeno jurídico. No se trata solamente de invocar la Constitución, los tratados, el principio *pro homine*, el derecho a la vida, el interés superior del niño, la obligación de no dañar, la tutela judicial efectiva, la libertad de conciencia, de religión, de pensamiento, de expresión... Es necesario reconocer cuáles son sus alcances, su dinámica en sus situaciones reales. Siempre resulta necesario saltar de lo formal a lo material para considerar si las normas formalizadas son fieles, exactas y adecuadas¹¹. La desvinculación

11 Acerca de la función de las fuentes del derecho desde una perspectiva tridimensional distinta al trialismo ver Reale, 1994, 21 y ss.

de las formalizaciones sobre derechos humanos con la realidad puede generar alienación, ideologizando -con criterio marxista- el derecho. Esta situación se puede agudizar en una juridicidad que en gran medida formaliza (en tratados y constituciones) lo que en otros tiempos se asumía como derecho natural. Es más, toca recordar que “la forma suele ser una posibilidad de adueñarse de la materia; uno de los grandes debates jurídicos es la medida en que las formalizaciones deben limitar la complejidad de los casos” (Ciuro, 2018). Sin embargo, como lo destacó Lassalle (1957) refiriéndose a las constituciones, la formalización suele no tener fuerza para conducir o condicionar a las fuentes materiales. Lo anterior permite inferir que para explicar y predecir con cierto grado de probabilidad la adjudicación judicial sobre derechos humanos, para reconocer todos sus límites, es preciso acudir a otros criterios que superan el texto normativo.

46 | Especialmente en estos días, y para el derecho continental, es menester tener en cuenta que en el caso judicial sobre derechos humanos subyacen consideraciones axiológicas. Y es que los conflictos habitualmente exigirán elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo. La preferencia está vinculada con una alternativa elegida como mejor y ello involucra una valoración. A título de ejemplo, en las pretensiones en las que se invoca la protección del ambiente casi siempre surge una tensión clara entre los principios ambientales, el desarrollo y las necesidades sociales insatisfechas, ni qué hablar de los repartos que se muestran en los casos en los que están en juego la libertad de expresión y la intimidad o la incertidumbre que supone un caso que involucra el interés superior del niño.

Sin entrar en la discusión sobre los fundamentos más objetivistas, subjetivistas o intersubjetivistas en materia de derechos humanos (Pérez, 1983, 14 y ss.), estamos convencidos que la apertura a la realidad social y la elección entre opciones que habitualmente exigen estos casos, hace que las preferencias se justifiquen en

razones valorativas¹². La pretensión de cierre de una fábrica que se supone afecta el medio ambiente, o la de no permitir el traslado de un monumento histórico, el reclamo de un grupo étnico para que se le permita aprender su lengua en la escuela pública o el de un grupo religioso contra una manifestación afirmadamente atentatoria de las bases de su culto, la demanda de una asociación protectora de una especie silvestre para que no se permita la construcción de una autopista, o la de un consumidor de un servicio público domiciliario para que no se privatice una empresa, supone el reconocimiento de los valores que están en juego.

En los casos sobre derechos humanos la vinculación entre las pretensiones de justicia con la realidad social, permite pasar de la defensa del ser humano genérico o abstracto al ser humano en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad¹³. Los seres humanos tendremos rasgos comunes, pero

12 En el planteamiento de Goldschmidt (1986) se parte de la idea de considerar los valores como objetivos y naturales (ver también La ciencia de la justicia, 1986). El posterior desarrollo de la teoría trialista muestra también una posición “constructivista” en materia axiológica. No se niega ni se afirma la objetividad de los valores (Ciuro Caldani considera que cualquier de las alternativas es indemostrable) pero al propio tiempo se sostiene que es posible elaborar un debate científico respecto de los valores partiendo de principios compartidos (2012). Aunque no se sostenga la objetividad ni la naturalidad axiológica con la que Goldschmidt expuso su dikelogía (ciencia de la justicia) y más tarde la dimensión dikelógica de todo fenómeno jurídico, creemos que los aportes metodológicos del trialismo en el tema permiten esclarecer la dificultad que presentan muchos casos y proporcionan una alternativa para el “diálogo” con posturas subjetivistas, intersubjetivas y objetivistas en materia axiológica. Obviamente, el debate sobre la justicia se hace más simple entre quienes comparten ciertos puntos de partida. De hecho el diálogo se quiebra con las posturas que sostienen que nada se puede afirmar en materia axiológica dado que los valores no pueden pretender una validez general, objetiva o intersubjetiva. Sin perjuicio de ello, el profesor rosarino también ha precisado que “la razón judicial posee más consistencia en la medida en que se sostenga la existencia de valores objetivos, aunque más no sea con una objetividad surgida de una consagración social. Si los valores son subjetivos, sobre todo cuando se trata de una subjetividad individual, más que la razón judicial cabe concebir la razón ‘contractual’ o ‘transaccional’. En la posmodernidad predomina la idea de que los valores son subjetivos e incluso individuales, de modo que la propia manera de referirse a los valores es un factor de crisis de la razón judicial” (Ciuro, 1998, op. y loc. cit.).

13 Sagüés (2016) habla de las cegueras axiológicas en materia de derechos humanos: “En síntesis, es posible algunas veces resolver un conflicto externo de legitimidad constatando en alguno de los grupos contrapuestos la existencia de una ceguera axiológica. Pero el problema, en tales casos, es de quién detecta la ceguera, y con qué autoridad ética lo hace”. Agrega que: “Un indicador bastante acertado de existencia de las cegueras axiológicas es la vergüenza de una sociedad que las practica, en reconocerlas como dato de su propia realidad. Por ejemplo, la prostitución infantil es un hecho practicado y consentido por varios gobiernos y por ciertos pueblos, a la luz de todo el que quiera verla, aunque oficialmente se la cuestione

también otros específicos: “el valor único e irrepetible de cada persona es tal que su extinción es una ‘tragedia’ para la humanidad (Ciuro, 2018). En muchos casos las sentencias y tratamientos doctrinarios sobre temas vinculados a derechos humanos reducen su análisis a una justificación axiomática de principios. El “brillo” de los principios vinculados a derechos humanos puede producir “deslumbramientos” y hacer olvidar que su deber ser es para el mejoramiento del ser. Víctimas del deslumbramiento de los derechos humanos son los jueces que juzgan el mundo sin relación con la dura realidad. Evitar estas limitaciones es una de las preocupaciones más importantes que a nuestro entender deben tener los tribunales que sentencian sobre derechos humanos. El reduccionismo dikelógico apriorista no advierte la riqueza de la diversidad real.

En realidad, bajo la invocación mediante principios y conceptos tales como ponderación/proporcionalidad que remitirían a un método intelectualista, muchas veces se esconde un desmedido voluntarismo. En reiteradas oportunidades hemos afirmado que en no pocos casos, ora los jueces resuelven el conflicto de principios conforme a un juicio de valor subjetivo; ora que no se hacen cargo de que no deciden al margen del contexto social (que su actuación se inserta en un debate que se expande)¹⁴, que es público e intersubjetivo; ora que no asumen que su razonamiento parte de definiciones que sí pueden ser contradichas y que, de hecho, alguien las contradice, que pueden en su funcionamiento generar resultados contradictorios, en cualquier caso ello ha llevado a algunos pensadores -y a nosotros mismos- a preguntarnos si el derecho es el juego de los jueces

-muy tíbicamente- o se la minifique, pretendiendo restarle magnitud. En otros casos, sin embargo, la ceguera axiológica monta su propio aparato ideológico y airosamente sale al ruedo pretendiendo legitimarse”.

14 Al respecto, señala Alexy que “la importancia de la teoría del discurso a nivel político deriva del hecho de que en un Estado constitucional democrático la creación del derecho no se basa únicamente en compromisos y actos institucionales. Más bien, se producen extensas discusiones dentro y fuera de los procedimientos de creación del derecho, a pesar de todas las deficiencias comunicativas de las democracias modernas” (citado por Atienza, 2005).

(Chaumet y Meroi, 2008, 717 y ss.). En materia de derechos humanos los jueces deben ser conscientes del dato que su propia presencia produce.

Desde una perspectiva democrática, resulta cuanto menos peligroso que no se asuma que en un sin número de oportunidades la historia ha probado que los valores en una comunidad no son coherentes, que se privilegian unos u otros por razones coyunturales. El reduccionismo axiológico no admite el sentido histórico de los derechos humanos, que se evidencia en las convenciones internacionales cuando aluden a los de primera, segunda y tercera generación. Frecuentemente hemos advertido que el reconocimiento de la exigibilidad judicial de los derechos fundamentales significa que “importantes posibilidades de decisión se sustraen al proceso político de deliberación y disposición legislativas. Ello hace visible la relación de tensión existente entre los derechos fundamentales y la democracia” (Arango, 2005, 208 y ss.). Por consiguiente, la objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales¹⁵.

Cabe advertir que en los últimos años se van sumando adeptos movimientos que se caracterizan por enfrentarse a la supremacía judicial especialmente en materia de derechos humanos, a la que consideran una visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales. Muchos claramente la emprenden contra las teorías neoconstitucionalistas, desafiando la supremacía judicial e incluso algunos llegan a impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad (Tushnet, 1992; Parker, 1993, 531-584; Kramer, 2004, 959-1011; Waldron, 2014; Dahl, 1957, 279-295; Balkin, 1995, 1935-2008; Pisarello y Niembro, 2013, 191 y ss.; Gargarella, 2016, 223-260; Alterio, 2014, 227-306; Barroso, 2016, 137/167; Gargarella, 2006).

15 Respecto del carácter contramayoritario de los jueces, cabe ver los trabajos de Gargarella (1996); *Del reino de los jueces al reino de los políticos*, Jueces para la Democracia, Madrid, 1997, N° 28, y *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*, Isonomía, México, 1997, N° 6. V. también Thury, V; 2002, p. 251 y ss.

Para estas corrientes de pensamiento, estas metodologías que postulan un diálogo racional favorecen la soberanía de la razón por sobre la soberanía popular, donde la democracia queda por debajo de la autoridad de los principios. Esgrimen el calificativo de *elitista*, vinculándolo al progresismo que participaba de la creencia que personas bien educadas y civilizadas pueden, a través del uso de la razón, determinar qué es lo mejor para el buen gobierno y las políticas públicas ilustradas para el bien común (Balkin, 1995, 1935-2008). Denuncian que esta misión, conforme el paradigma dominante, se lleva a cabo a través de los jueces que estarían más calificados, porque esta matriz parte del supuesto que se hallan aislados de las presiones de la política ordinaria. Imputan que el paradigma implícitamente ha generado metodologías de razonamiento que han erosionado la capacidad de la gente común de tomar parte de esos argumentos, amplificando la voz de la academia. Parker señala que ya tiene varias décadas de formación una teoría constitucional que se dedica a sistematizar estas metodologías de razonamiento e informar sobre el uso de los argumentos constitucionales¹⁶. Tushnet afirma que en la técnica sobre los derechos no puede haber alguna coherencia cuando no se está de acuerdo sobre la medida de los valores, o sobre su nivel de generalidad. Pisarello expresa que este constitucionalismo ha reconvertido el principio democrático en un mecanismo de selección de élites que cada vez más deja de lado los procesos de comunicación pública no organizados. También advierte que los frenos a los procesos de democratización en nombre del gobierno de los notables son de

16 “Does this mean that we ought to have no standards beyond an affirmation of political liberty? That, as citizens, we should agree with-oracceptwhatever a reinvigorated majority might do? Of course not. That would be to devalue, even to deny, our own political liberty. The point is to get out and take part in politics ourselves, not looking down from a ‘higher’ pedestal, but on the same level with all of the other ordinary people. That this involves a risk is obvious. We are not sure of victory. We may not even be sure of our own convictions. But such risk is inherent in our Constitution. It is, Holmes said, ‘an experiment, as all life is an experiment.’ Politics in a democracy is an unsettling argument, an argument that never will be settled. The same is true of constitutional law. For there are constitutions. But there is no constitutionalism” (Parker, 1993, 583).

larga data, que no todas las teorías europeas tienen este tinte elitista, “aunque sí las que más han influido en nuestro medio como es el neoconstitucionalismo” (Pisarello, 2013, 129 y ss.). Algunos propician quitar la Constitución de la mano de los jueces y, de esta manera, “pretenden terminar con la distinción entre una Constitución en la que rigen los principios y sobre la que el tribunal manda, y una política no principalista donde rigen las meras preferencias mayoritarias” (Niembro, 2013, 191 y ss.).

Estos autores reconocen la importancia de los derechos humanos, pero impugnan que se los sustraiga de una deliberación democrática en manos de la ciudadanía. Waldron entiende que la actitud de no pocos tribunales de considerar que sus razonamientos y su doctrina deben prevalecer independientemente de que ello no haya sido nunca establecido expresamente en la Constitución, conlleva la usurpación del papel del poder constituyente. Se señala, así, como un problema de la supremacía judicial cuando los tribunales comienzan a pensar que ellos son la voz de la Constitución o del pueblo que hizo la Constitución. Remarca que el problema se vuelve aún más grave cuando se combina con teorías constitucionales que propician la idea de la constitución viva, que incluye el poder de revisar la comprensión de la constitución de modo de ir adaptándola a nuevas realidades y valores. Se trata a los tribunales como reformadores o redactores constitucionales (*constitution-farmers or amenders*), que incluso tienen la misión de salvar la objeción democrática de la tiranía del pasado (Waldron, 2014, 25 y ss.; Rodríguez, 2018, 4). En un constitucionalismo fuerte como el que está generando el nuevo paradigma dominante cabría tener presente que:

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 esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecer las

decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material. (Bayón, 2000, 65-94)¹⁷.

Es cierto que la historia de la teoría constitucional es en buena medida la de la reiteración de estas objeciones y la de las muchas formas en que se ha intentado contestarlas. No nos detendremos aquí a saldar las críticas y defensas entre un constitucionalismo fuerte y las objeciones contramayoritarias. Sí queremos destacar que, en su gran mayoría, los conflictos sobre derechos humanos distan mucho de ser claros e incontrovertibles. La tarea de interpretación constitucional puede involucrar profundos desacuerdos. Los intentos para solucionar estos conflictos han sido materia de la teoría constitucional desde sus orígenes, especialmente en lo concerniente a quién debe tener la responsabilidad para asumir esa tarea. No propiciamos desterrar un control judicial de constitucionalidad. Simplemente pretendemos reflejar que los que aquí denominamos “reduccionismos” no parecen advertir estos conflictos, pretendiendo incluso su supresión en una actitud muchas veces ingenua y peligrosa, encubriendo preferencias, el carácter político de las decisiones que toman los jueces en sus adjudicaciones (y que catequiza la doctrina), disimuladas tras un discurso presentado como racional y neutral y bajo el paraguas de mandatos de los derechos humanos.

Decía Gadamer que “los derechos humanos han devenido un objeto real de la política internacional y esto quiere decir, también, que la realización de un ideal semejante tiene que ser la diferenciación pluralista y el tolerante reconocimiento recíproco”. Si se comparte tal punto de partida, la implementación de la decisión judicial en casos donde se afectan derechos humanos, deberá encontrar las formas para que sus razones alegadas resulten, aunque más no sea, “razonables” y para

17 Nos recuerda que la forma más sutil de concebir al constitucionalismo habría olvidado que toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser estrictamente procedimental (71).

ello creemos que deberá ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad del Derecho, en especial su dimensión sociológica.

Parece obvio preguntarse sobre los límites sociológicos de la adjudicación judicial sobre derechos humanos, salvo que nos identifiquemos con los peces jóvenes del relato de *David Foster Wallace* quien instruyó:

El punto de la historia de los peces es, simplemente, que las realidades más importantes y obvias son a menudo las más difíciles de ver y explicar. Enunciado como una frase, por supuesto, suena a un lugar común banal, pero el hecho es que las banalidades en el ajetreo diario de la existencia adulta pueden tener una importancia de vida o muerte... Prestarle atención a lo obvio, ...atención a lo que es real y esencial, tan oculto en plena vista a nuestro alrededor, todo el tiempo, que tenemos que estar constantemente recordándonos a nosotros mismos, una y otra vez: Esto es agua. Esto es agua. Esto es agua. (Foster, 2005).

Referencias

- Aarnio, A. (1995). *Derecho, racionalidad y comunicación social*. México D.F.: Fontamara.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: teorías de argumentación jurídica*. México: UNAM.
- Atienza, M. (2017). *Entrevista a François Ost. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, 387-413.
- Balkin, J. (1995). *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, Faculty Scholarship Series, (268). Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.
- Bayón, J. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Derechos y Justicia Constitucional*, 1, 65-94.
- Bidart, G. (1969). *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Torres Fernando.
- Bobbio, N. (1992). *L'età dei diritti*. Turin: Einaudi.
- Calsamiglia, A. (1999). *Indeterminación y realismo*. Recuperado de: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/calsamiglia.r
- Ciuro, M. (1988). Notas trialistas para la sistematización y la ubicación histórica de los fundamentos de los Derechos Humanos. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (23), 49-54.
- Ciuro, M. (2011). *Estrategia jurídica*. Recuperado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>
- Ciuro, M. (2007). Significados de la fundamentación de los derechos humanos. *Investigación y Docencia*, (40), 55-65.
- Ciuro, M. (2010). ¿Convertirse en persona? *Revista de Familia y de las personas, La Ley*.
- Ciuro, M. (2015). *Reflexiones sobre el papel del juez en la cultura occidental (con especial referencia a la Argentina actual)*. Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3282/reflexionessobreelpapeldeljuez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ciuro, M. (2012). *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*. Rosario: UNR editora.
- Ciuro, M. (2018). *Proyecciones académicas del Trialismo (Disertaciones, comunicaciones y ponencias) II*. Rosario: Facultad de Derecho de la U.N.R.
- Ciuro, M. (1976). *Derecho y Política*. Buenos Aires: Depalma.

- Ciuro, M. (2017). Consecuencias jurídicas de la “grieta” argentina. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 81, 123-131.
- Ciuro, M. (2000). El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (24).
- Ciuro, M. (1998). La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo. *Jurisprudencia Argentina*, (III).
- Cossio, C. (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Chaumet, M. (2017). Juez Júpiter, Hércules, Hermes... ¿y el riesgo de Eróstrato? *Investigación y Docencia*, (52).
- Chaumet, M. (1986). Liberalismo y democracia en el mundo jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNR*.
- Chaumet, M. (2007). Los hechos y la complejidad de la decisión judicial.
- Chaumet, M. (2013). Recodificación (neoconstitucionalismo optimista) y reforma judicial (democracia mayoritaria). *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, (3).
- Chaumet, M. (2005). *El Estado Constitucional y el Derecho Privado, en El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: La Ley.
- Chaumet, M. (2014). Proceso judicial y cultura (Sobre la crisis de la cultura continental moderna). *Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.R.*, (21).
- Chaumet, M. y Meroi, A. (2008). ¿Es el derecho un juego de los jueces? Recuperado de: http://www.academia.edu/15685828/_ES_EL_DERECHO_UN_JUEGO_DE_LOS_JUECES
- Dahl, R. (1957). *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*, (6). Recuperado de: <http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>.
- Delmas, M. (2004). *Pour un droit commun*. Paris: La Librairie du XXI siècle.
- Foster Wallace, D. (2005). *Discurso de graduación del Kenyon College*. Recuperado de: <http://www.sisabianovenia.com/LoLeido/NoFiccion/DavidFosterWallaceDiscurso.htm>
- Galati, E. (2009). *La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades*. (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Rosario. Rosario.
- Gargarella, R. (2006). El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people Themselves, de Larry Kramé. *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*,

- (112). Recuperado de: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>
- Gargarella, R. (2016). Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución. En R. Gargarella y R. Niembro (coords.). *Constitucionalismo progresista: un homenaje a Mark Tushnet*, (15-63). México: Unam.
- Goldschmidt, W. (1986). *Introducción filosófica al Derecho*. 6 ed. Buenos Aires: Lexisnexis.
- Hernández, A. (1971). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 2 ed. Madrid: Espasa-Calpe.
- Hart, L. (1980). El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Sistema*, (36), 3-18.
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Madrid: Debate.
- Kramer, L. (2004). Popular constitutionalism. *California Law Review*, 92, (4).
- Lassalle, F. (1957). ¿Qué es una constitución? Buenos Aires: Siglo Veinte.
- Meroi, A. (2008). *Procesos colectivos: recepción y problemas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- Molina, M. (2016). ¿Cuánto tiempo es un tiempito? Rosario: UNR Editora.
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, (38), 191-224.
- Parker, R. (1993). Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto, *Valparaiso University Law Review*, 27(3).
- Pérez, A. (1983). *Derechos humanos Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez, A. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios políticos Nueva época*, (35).
- Pisarello, G. (2013). *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta
- Prado, M. (2007). Limitación de los Derechos Humanos: algunas consideraciones teóricas. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1).
- Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Prigogine, I. (1996). *El fin de las certidumbres*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Reale, M. (1994). *Fontes e modelos do direito. Para un novo paradigma hermenéutico*. São Paulo: Saraiva.
- Rodríguez, J. (2018). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho del trabajo. Activismo judicial a nivel internacional, L.L. 03/04/.
- Ross, A. (1958). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Sagüés, M. (2001). La acción de amparo como instrumento de control por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud. *Jurisprudencia Argentina*, (núm. Especial).
- Sagüés, N. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas*

en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons.

Tushnet, M. (1992). The Constitution Outside the Courts: A Preliminary Inquiry.

Valparaiso University Law Review, 26(2).

Tushnet, M. (1999). Taking the constitution away from the courts. *Texas Law Review* 8(62).

Waldron, J. (2014). Judicial Review and Judicial Supremacy. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, (495).

LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. HACIA UNA NOCIÓN DE DEBERES FUNDAMENTALES

59

EDWIN FIGUEROA GUTARRA¹

**La libertad consiste en poder hacer todo lo que no
perjudica a otro**

*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
Artículo 4*

Resumen

Este estudio rebate la idea de que los derechos fundamentales parecerían ser ilimitados por el desarrollo incesante de los derechos en general. Propone,

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Exbecario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). Correo: estudiofg@yahoo.com

entonces, que es necesario un deber de delimitación y configuración a cargo de los jueces constitucionales, así como recalca la importancia de impulsar el reconocimiento de deberes fundamentales, a fin de una mejor delimitación de los derechos fundamentales.

Palabras clave: derechos fundamentales, delimitación y configuración de derechos, justicia constitucional, deberes fundamentales.

Introducción

60 | El arraigo del Estado constitucional representa la superación de la vieja fórmula del Estado legislativo y, más aún, expresa la consolidación de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos, una de cuyas expresiones más notorias es la progresividad propia de dichos derechos. Esta nomenclatura de derechos, cuyo enraizamiento en los principios, valores y directrices de las cartas fundamentales es una constante histórica, va ocupando cada vez más espacios del firmamento jurídico, y bajo la lógica de una impregnación e irradiación de estos derechos, todo deviene fundamental.

De esa forma, los intérpretes del ordenamiento jurídico deben seguir los lineamientos de los tribunales, cortes y consejos constitucionales, a fin de asumir las constantes nuevas dimensiones de estos derechos, en clave progresiva, a fin de considerar sus niveles de vinculación, sea como doctrina constitucional, como precedentes vinculantes o, en su caso, desde la posición de las sentencias interpretativas de control normativo abstracto o control concentrado de los tribunales constitucionales, a efectos de consolidar el andamiaje, manifestación y expresión de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución. Sin perjuicio de lo antes enunciado, premisa que compartimos plenamente pues nuestros

ordenamientos son de progresividad y no de regresividad en materia de derechos, corresponde cuestionarnos cómo deben manifestarse las limitaciones a los derechos fundamentales, en la premisa de que no son derechos absolutos sino relativos, así como admiten escenarios de excepción respecto a sus alcances.

Esta tarea no es de menor envergadura en la medida en que los límites pueden admitir diversos niveles: desde un ámbito abstracto doctrinal, desde el ámbito legislativo y desde la jurisprudencia de los jueces. Dentro de esta última vertiente, son admisibles los contenidos de restricción tanto de la justicia nacional, en especial la de orden constitucional, como de la justicia supranacional. Admitir estos ámbitos de restricción es una tarea de extraordinaria envergadura en tanto representa casi remar a contracorriente. En efecto, la tendencia en la escena constitucional contemporánea es prevalentemente delinear mayores contenidos de los derechos fundamentales, fundamentalmente a través de la jurisprudencia constitucional. Desde esa perspectiva activista judicial, se delimitan por parte de la jurisdicción constitucional, los nuevos espacios fáctico-jurídicos en los cuales ha de asimilarse la vigencia de un derecho fundamental.

En esa misma línea, tiene lugar incluso la creación de nuevos derechos fundamentales, a partir de esa concepción extensiva de una cláusula abierta para la configuración de los nuevos derechos fundamentales. Y de ser el caso, el legislador también opta por ampliar el catálogo constitucional de libertades que representan los nuevos espacios de los viejos derechos fundamentales o, a su turno, tiene lugar la especificación descriptiva de nuevos derechos de esa misma raigambre iusfundamental.

Precisado ese concepto, nuestro estudio pretende abordar la perspectiva de la delimitación de los derechos fundamentales, con énfasis en la tarea de los jueces constitucionales en ese rol. Esta responsabilidad implica un ejercicio argumentativo calificado, dado que no nos referimos a la determinación de progresividad en sentido lato sino, por el contrario, asumimos la delicada tarea de fijación de necesarios límites a los derechos fundamentales, en específico límites antes que regresividad.

Desde este eje de conceptos, consideramos que importa que este trabajo de delimitación recaiga en los hombros de los jueces, sin que ello represente una invasión de competencias del legislador. Nuestra idea se centra en que, asumiendo que los jueces crean ante todo reglas de procedimientos de los derechos fundamentales y no determinan el contenido formal o descriptivo de un derecho, podamos definir dos ámbitos de determinación de estos límites. En un primer orden de ideas, nos referimos a la importancia de que las decisiones de los jueces delimiten el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, tarea que es transversal respecto de la justicia constitucional y la supranacional. Para ello habrá que partir de refrescar la visión metodológica de los contenidos: esencial, no esencial y adicional de un derecho fundamental, labor que reviste utilidad metodológica para una apreciación abstracta de los derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, advertimos la importancia de otros contextos, entre socioeconómicos, culturales, sociales, entre otros que, igualmente, denotan un efecto de transversalización del derecho constitucional, en la medida que es en el campo propio de las variables sociales, entre otras atingencias, donde precisamente han tenido lugar escenarios de excepción diversas pretensiones. Estas, incluso, han sido objeto de conocimiento por parte de la justicia supranacional, en referencia a una interpretación extensiva de los artículos 3 a 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en alusión a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

De esa forma y en vía de ejemplo, el concepto de equilibrio presupuestario del Estado aparece como un factor de decisión en el ámbito de crecimiento progresivo de los derechos fundamentales, y antes que representar una fórmula de regresividad de los derechos, creemos que traduce una noción de legitimación y equilibrio de los derechos fundamentales.

Por último, nos orientamos, desde una idea que se acopla a los contenidos previos, a proponer un impulso de los deberes fundamentales que corresponden a los ciudadanos. Esto significa atender a la idea de poner de relieve que no solo

los ordenamientos deben garantizar derechos fundamentales a favor de sus ciudadanos, sino también, corresponde el impulso material de las nociones de un deber fundamental, cuestión que no solo es terminológica, sino representa una premisa implícita de nivel ponderado de la relación derechos-deberes. De esa manera, es de suyo pertinente seguir trazando surcos para la consolidación de los derechos fundamentales, pero, en forma paralela, es necesario impulsar la exigibilidad material de los deberes fundamentales. Argüiríamos, incluso, una noción de *límite natural* de un derecho fundamental, pues el alcance de un derecho de esta naturaleza tiene una restricción material justamente donde se hace exigible un deber fundamental.

Los derechos fundamentales y su lógica de progresividad

Referirnos a la aparición de los derechos fundamentales en la escena contemporánea puede llevarnos a varios puntos de partida en su acepción histórica. Podemos argüir que un primer esbozo con fuerza tiene lugar a partir de la Carta Magna de Juan Sin Tierra, instrumento normativo que en el año 1215 plantea la existencia *prima facie* del *due process of law*, o derecho al debido proceso, en cuanto se materializaron las exigencias para que una noción mínima de un conjunto de reglas tuviera lugar en los problemas de tierras de los sajones frente al poder de invasión de los normandos (Mancilla, 2015, 46).

La configuración de fuerza de los derechos fundamentales tiene lugar, en ello existe consenso doctrinario, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, luego de la hecatombe que significó un número aún no constatable de vidas humanas perdidas en esa conflagración. Nunca podremos saber si las cifras llegaron a los 60 millones de muertos, o si en su caso, fueron de 40 a 50 millones de fallecidos, entre población civil y cuerpo militar. Es desde este fenómeno de una macro

guerra que ocurre un punto de inflexión relevante, en razón de que diversas cartas fundamentales comienzan a esbozar un mayor contenido de los derechos fundamentales, y es desde el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn -el cual preveía que en ningún caso un derecho fundamental podía ser afectado en su contenido esencial- que tiene lugar el discernimiento de que el Estado no podía afectar el núcleo duro de un derecho de esta naturaleza.

Esta sola premisa de no afectación del contenido central de un derecho fundamental se desarrolla con amplitud a nivel del Tribunal Federal Constitucional alemán, una vez que inicia funciones en el año 1951 (Faller, 1992, 127), y desde entonces, la característica central de los derechos fundamentales ha sido la de progresividad (Nogueira, 2005, 17). Lo referido alude a mayores contenidos tutelados, así como aborda la idea de constituciones que dejan siempre abiertas cláusulas de *numerus apertus* respecto a los nuevos derechos fundamentales. De igual forma, en el plano supranacional ha sido constante la aparición de nuevos instrumentos internacionales -léase convenciones, declaraciones, protocolos, entre otros- con una característica constante de mayores espacios protegidos respecto a los derechos fundamentales.

Este matiz de progresividad de los derechos fundamentales tiene una exigencia ineludible: reducir los espacios de arbitrariedad por parte de los poderes públicos en cuanto si bien el derecho se va haciendo más complejo y al mismo tiempo se van incrementando sus contenidos, y por tanto dilucidar su tutela o restricción va requiriendo mayores estándares de argumentación, de igual forma se hace necesaria una racionalización de los derechos de cara al contenido de los derechos fundamentales. De esa forma, si bien nos encontramos ante una polisemia de los derechos, es decir, se van configurando múltiples interpretaciones de una misma figura, y diversas interpretaciones comienzan a ser sostenidas sobre los derechos propiamente dichos, el norte de los derechos fundamentales se perfila hacia una perspectiva que define el derecho como de mayores estándares de un derecho

fundamental. Así una pregunta deviene lógica: ¿y hasta dónde podrá crecer un derecho fundamental? Y sobre esa misma lógica, ¿se puede hablar de una tesis de ilimitabilidad? (Prieto, 2001, 65).

Diríamos así que ese noble sueño hartiano de aplicación uniforme del derecho se va difuminando y, en su lugar, comienza a ocurrir una pesadilla, a decir del positivismo jurídico, con la aplicación de los principios en la solución de las colisiones de derechos. Es bajo esta pauta que técnicas de interpretación como el *balancing* o la ponderación entre derechos, supera esa bruma pesada de oscuridad que aún recae sobre los derechos en un sentido abierto, y a través de la justicia constitucional se van delineando mejor los contenidos de estos derechos iusfundamentales, siempre bajo una premisa de importancia de la tutela del derecho, de ampliación de sus contenidos en claves de principios *pro homine* y *favor processum*, y de un *deber especial de protección* por los derechos fundamentales.

Estos tres basamentos persuaden a los jueces de encontrar una interpretación acorde con la naturaleza evolutiva de los derechos fundamentales, de entender la dimensión de una *living Constitution* o Constitución viviente, y de convertirse en guardianes antes que en señores de la Constitución. De otro lado, es importante advertir que el principio de legalidad sigue siendo relevante en pleno siglo XXI, pero a su vez, entenderlo de una forma rígida significa el anquilosamiento del derecho, así como expresa una actitud de cerrar puertas a nuevas dimensiones en la pluriformidad de expresiones, o constelación plural de valores que admiten los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, las corrientes positivistas del derecho van cediendo sus espacios en el ámbito de la interpretación de los derechos a favor de una interpretación constitucional de dimensiones más amplias en cuanto a los derechos fundamentales.

Seamos objetivos en una expresión: las reglas del positivismo van a seguir siendo útiles en la interpretación del derecho y, sin embargo, en la clásica clasificación

tripartita de casos fáciles, difíciles y trágicos (Atienza, 1997, 13) sobre la tipología de problemas, las reglas silogísticas y subsuntivas de la interpretación de los derechos van a ser de utilidad prevalentemente para la solución de los problemas fáciles. No ocurrirá lo mismo con los casos difíciles y trágicos, dada la complejidad de los primeros y los verdaderos dilemas morales que representan los segundos. En ese particular escenario de insuficiencia del positivismo jurídico frente a las dimensiones de complejidad de los nuevos derechos, resulta una consecuencia previsible el crecimiento material de los derechos fundamentales, tanto en su expresión declarativa como en su esencia interpretativa, y esta resulta ser una tarea a la cual se orientan todas las cartas fundamentales desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

La lógica de estos derechos, entonces, es de progresividad, de mayores alcances y de nuevos rangos a favor en la interpretación constitucional. Y esa progresividad se sustenta en la naturaleza evolutiva de los derechos. No concebimos así que pueda darse una lógica de regresividad, es decir, de retrocesos en los contenidos de los derechos, salvo las excepciones propias que prevea en modo extraordinario cada ordenamiento jurídico, bajo reglas taxativas y de naturaleza extraordinaria. En este orden de ideas, las jurisdicciones constitucionales afianzan que los derechos fundamentales vayan creciendo en contenidos formales y materiales y, he aquí que surge una segunda interrogante natural: ¿es realmente ilimitado el crecimiento de un derecho fundamental? ¿O acaso debemos pensar en límites bajo determinadas pautas de rangos, escenarios y contextos?

¿Es propio hablar de restricciones a los derechos fundamentales?

La interrogante que aquí formulamos se engarza con el cuestionamiento que antecede. Los derechos fundamentales necesitan crecer, es cierto, pero nos

asiste igualmente y en forma legítima la preocupación de su extensión: ¿puede todo derecho devenir en fundamental? ¿Podría acaso hablarse de una *fiebre de constituciones* y de una *inflación de derechos fundamentales*? Y si casi todo derecho es hoy fundamental ¿Cuáles son esos necesarios derechos no fundamentales para referirnos a un escenario de oposición?

Procuremos, tentativamente, referirnos a algunos derechos no fundamentales y constataremos que es una tarea ciertamente no sencilla. ¿Por qué? Porque casi todo el ordenamiento jurídico se encuentra irradiado o impregnado de derechos fundamentales, siendo entonces una labor difícil de realizar procedamos a una descripción de los derechos no fundamentales. Y surge aquí una cuestión que cae por su propio peso: si tanto han crecido formal y materialmente los derechos fundamentales: ¿cómo han de implementarse las restricciones a estos derechos? Y sobre este mismo propósito: ¿cuáles criterios han de tenerse en cuenta para limitar los derechos fundamentales?

Si partimos de un ejemplo concreto podemos construir algunas pautas sobre nuestra propuesta: si una persona desea comerse una hamburguesa con muchas salsas o es su intención fumar una cantidad indeterminada de cigarrillos porque simplemente le provoca hacerlo, ¿hasta dónde el Estado puede restringir estos deseos de una persona? ¿No ocurriría acaso que, al afectarse esta libre voluntad, el Estado asume una actitud invasiva de las esferas de espacios privados, reservados para el libre albedrío de los ciudadanos? A juicio nuestro, es importante asumir la perspectiva de dos escenarios históricos distintos: si estas preguntas hubieren ocurrido hace 50 años, es muy probable que la intromisión del Estado hubiere resultado negativa. Podríamos aseverar que no existía entonces regla taxativa de restricción del consumo de alimentos no saludables que pudiera invadir las esferas de decisión privada de una persona para asumir una conducta en contrario a la voluntad personal. En ese contexto histórico, bastaba invocar la regla de que *lo que no está prohibido está permitido*, y el asunto se hubiere esclarecido desde la idea de que

no es posible restringir el libre albedrío de la persona, o bien afectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Desde una visión positivista del derecho, sería puntualmente necesario señalar que, a falta de regla expresa de impedimento, la discrecionalidad del intérprete devendría extensa, y bajo ese razonamiento correspondería respetar la decisión personal de quien optara por consumir este tipo de alimentos o fumar sin mayor restricción. Aquí el eje de la respuesta positivista es puntual: no existe regla de restricción en forma expresa sobre comer ciertos alimentos o fumar y, por lo tanto, la respuesta se ubica en el espacio de discrecionalidad del intérprete. Para llegar a una conclusión de viabilidad sobre esa voluntad, tiene lugar en ese razonamiento que la discrecionalidad puede ser invocada desde la noción formal del derecho vinculado -digamos libre desarrollo de la personalidad- y que, existiendo un espacio de respuesta abierta al respecto, la discrecionalidad del intérprete debe realizarse desde una mirada de aceptación de la voluntad del individuo, sin más que acotar por parte del Estado o los poderes públicos.

Sin embargo, el contexto fáctico jurídico cambia si nos ubicamos en el escenario actual. Hoy en día, la ampliación de los contenidos materiales del derecho a la salud, un derecho fundamental de sentido muy amplio que exige una comprensión proactiva del Estado, nos conduce a una necesidad de ponderar entre dos derechos fundamentales: de un lado, el derecho a la salud y, desde el otro ámbito, el antes aludido derecho al libre desarrollo de la personalidad. Advertimos una cuestión de capital importancia: el contenido de un derecho fundamental concluye, se difumina, o reduce su ámbito de influencia, en cuanto el otro derecho fundamental concernido manifiesta una exigencia de actuación. En el ejemplo propuesto, advertimos que el contenido del derecho a la salud no es un contenido uniforme, lineal y descriptivo como sucedía hace 50 años. Por el contrario, hoy el derecho a la salud se expresa no vinculado en forma estricta a figuras de paternalismo jurídico, pero sí unido a una idea activa de protección del derecho a la salud, figura a través de la cual el Estado

asume un rol activo, de mayor alcance expansivo y en clave de progresividad, en la defensa de la salud de las personas. A este respecto, es de interés la STC 032-2010-PI/TC, fundamento jurídico 44, expedida con fecha 19 de julio de 2011, la cual aborda ejes de acción del Estado frente al problema del tabaquismo en el Perú.

De ese modo, la eventual intervención del Estado en el problema asume una posición de legitimación, dado que el derecho a la salud ya no tiene esa naturaleza lineal de hace unas décadas, sino su contenido va indisolublemente ligado a figuras, entre otras, como la de una actitud más dinámica del Estado, como sucede con la figura del paternalismo jurídico, condición que implica una orientación del Estado hacia el desarrollo de políticas públicas a través de las cuales la protección de ciertos bienes jurídicos, entre ellos el derecho a la salud, merece una importante esfera de atención, por una real y no nominal defensa de la salud de la personas.

Ahora bien, observemos que el paternalismo jurídico en relación al derecho a la salud, no debe ser entendido bajo la figura de un Estado que asume la figura de un padre que a su vez debe preocuparse por cada una de las acciones relativas a la salud de sus hijos -los ciudadanos- pues no se trata de ello. Bajo esta figura de paternalismo jurídico aludimos al necesario involucramiento del Estado por asumir pautas de conducta mínimas para la protección del derecho a la salud de los ciudadanos. Desde esa misma perspectiva, será relevante, sin ideas de supresión, ni eliminación severa, ni desaparición onerosa de las hamburguesas o de los cigarros, que el Estado construya reglas congruentes de interdicción que no constituyan arbitrariedad manifiesta o irrazonable de orden invasivo en las decisiones de los ciudadanos respecto a estas preferencias.

Desde ese conjunto de conceptos, el Estado no decretará la desaparición de las hamburguesas del mercado, pero sí podrá incrementar los impuestos selectivos a los insumos para la elaboración de este producto, o bien podrá restringir su consumo en centros de enseñanza públicos y privados. De la misma forma, respecto de los

cigarrillos, igualmente podrá gravar con mayores impuestos aún más este producto, encareciendo sus costos o, como sucede en muchos sitios, obligando a que en el expendio de dichos productos se advierta mediante imágenes que constituyan avisos disuasivos manifiestos: imágenes sobre el cáncer que genera el consumo excesivo de tabaco, o fotos reales sobre otras enfermedades que genera este producto.

Al respecto, es necesario diferenciar supresión de restricción. En el primer caso, la consecuencia de prohibición puede efectivamente devenir en arbitraria. Imaginemos un escenario en el cual el Estado, o bien prohíba las hamburguesas, o bien, prohíba el consumo de cigarrillos. De ocurrir ello, estamos ante una actuación arbitraria del Estado de ocurrir estas interdicciones de claro matiz inconstitucional. Situación distinta la constituye la figura de restricción o afectación. En este caso, la vulneración del derecho concernido siempre es menos grave, y podemos hablar de impedimentos de naturaleza media o leve, siendo así inviable que la afectación pueda ser elevada. En rigor, no se prohíbe el consumo de hamburguesas o cigarrillos, sino que se produce una regulación restrictiva en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su vertiente de consumo de bienes que pueden representar ostensibles daños a la salud.

Los ejemplos que anteceden nos permiten sostener una tesis de afectación razonable respecto a los derechos fundamentales, en cuanto estos ya no devienen absolutos sino admiten un nivel dúctil o maleable (Zagrebelsky, 1997, 14). Esta premisa nos permite construir una noción de exigencia de ponderación entre derechos fundamentales, pues hemos procedido a tratar de delimitar la extensión de los derechos fundamentales desde una perspectiva positivista y no hemos encontrado respuesta satisfactoria. En efecto, si volvemos a nuestro ejemplo y nos referimos al concepto de extensión de los derechos fundamentales concernidos (García Amado, 2009, 249), no advertimos una respuesta suficiente, dado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad solo encuentra una respuesta uniforme

en que la voluntad de la persona debe ser respetada, en cuanto el Estado no fija restricciones legales a este ejercicio.

Desde una alternativa propia del positivismo jurídico, no existe norma de restricción respecto a las decisiones de la persona en cuanto a consumos como los de una hamburguesa o un cigarrillo y, por tanto, deberían evitarse prohibiciones que afectan el libre albedrío. Igualmente, desde el derecho a la salud, también hay ausencia de norma expresa que prohíba el consumo de estos productos. *Ergo*, en ese espacio de discrecionalidad que permite el positivismo jurídico a favor del intérprete, la conclusión sería válida en el sentido de que la no prohibición debe conducir al libre albedrío de la persona, sin mayor prohibición. Sin embargo, observemos que la respuesta desde un contexto de ponderación, acusa vacíos manifiestos que el positivismo jurídico no está en capacidad de responder, entre ellos: ¿no le compete un rol activo al Estado frente a los múltiples gastos en salud pública que se generan a partir de la obesidad, como causa del exceso en el consumo de hamburguesas, y del cáncer al pulmón, que parte desde el problema del consumo de tabaco? Por otro lado, también es pertinente cuestionar: ¿no es acaso el Estado el garante natural de los derechos fundamentales afectados -propios y de terceros- a partir de los problemas que causa el consumo excesivo de hamburguesas y cigarrillos? Consideramos que en ambos casos la respuesta es positiva.

Las limitaciones a los derechos fundamentales. Concepto y extensión

La doctrina constitucional ha construido la tesis de contenidos de los derechos fundamentales para establecer los espacios de delimitación de estas garantías. De esa forma, aludir a un contenido esencial, no esencial y adicional (Medina, 1996, 41), criterio que históricamente fue construido en la jurisprudencia alemana,

representa un esfuerzo por observar cuándo existe una verdadera afectación y cuándo esta misma no tiene lugar.

La idea de un círculo concéntrico (Figueroa 2014, 26) puede ser expresada a través de un gráfico. En dicha gráfica, el círculo central se refiere al contenido esencial del derecho fundamental materia de revisión. El segundo círculo permite inferir que estamos aún dentro del derecho fundamental, mas no dentro del núcleo duro del mismo. Por último, el contenido adicional, al encontrarse fuera del mismo derecho fundamental, tiene una naturaleza *extra muros* que merece se desestime de plano una eventual demanda por la afectación del derecho fundamental materia de examen. Esta imagen nos permite llegar a la siguiente propuesta:

1. Si se afecta el contenido esencial o núcleo duro de un derecho fundamental, corresponderá, ante un eventual proceso constitucional, restituir el derecho ordenándose que las cosas vuelvan al estado anterior a la vulneración del derecho afectado.

2. Si se afecta el contenido no esencial de un derecho fundamental, no es exigible la restitución solicitada, debiendo desestimarse un eventual proceso constitucional a propósito de un derecho afectado.

3. Si se afecta el contenido adicional de un derecho fundamental, la restricción es sustantivamente menor o leve, de tal manera que implica solo una leve molestia respecto al derecho fundamental cuyo análisis nos ocupa. Por tanto, debe desestimarse por improcedente una eventual demanda.

A juicio nuestro, la explicación metodológica que antecede es de utilidad conceptual y, sin embargo, los derechos fundamentales hoy presentan un sostenido desarrollo dinámico que ha generado que la doctrina sobre los derechos fundamentales, sostenida en un momento como el límite de los límites (Martínez 2005, 32), hoy se incline por una tesis más objetiva: recibirá protección aquello que represente el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, correspondiendo se desestime todo aquello que no represente dicho tipo de

contenido. Como observamos, aquí la tesis es mucho más puntual y, por tanto, reduce los ámbitos de un derecho fundamental de tres a dos espacios.

Los conceptos que anteceden se inscriben dentro del eje de razonamiento de una diferenciación de espacios respecto de un derecho fundamental, precisamente para construir criterios de predictibilidad respecto a cuándo un derecho fundamental es afectado y cuándo no. Ello conduce a una noción de delimitación para rebatir la existencia de derechos fundamentales ilimitados. Sobre esta misma idea, en rigor no ocurre que los derechos fundamentales sean ilimitados *per se*, sino que es necesaria una tarea de perfeccionar contenidos de la mejor forma posible en relación a un derecho fundamental, a efectos de que podamos construir mejor su configuración y, por tanto, establezcamos el contexto de los escenarios de afectación y satisfacción. Y en adición a lo expresado, es una tarea de suyo compleja delimitar cuándo estamos frente al contenido esencial de un derecho fundamental, o en propiedad, frente al contenido constitucionalmente protegido del mismo. A esto se debe sumar, por cierto, que la jurisprudencia constitucional no ha delimitado con rigurosidad procedimental cuál es el contenido esencial o el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, dado que dicha tarea ocurre de acuerdo al caso concreto, lo que implica un conjunto de circunstancias fácticas y jurídicas, un ámbito en el cual se puede entender afectado ese contenido central. He aquí que nos encontramos frente a una jerarquía móvil o axiológica (Guastini 2008, 88-93) respecto de los derechos fundamentales sometidos al juego de la ponderación.

En desarrollo de la noción que antecede, nos referimos por contexto móvil a que ocurran determinadas circunstancias fácticas y, de esa forma, es una aseveración congruente que, si los hechos cambian, de suyo la solución del intérprete puede variar. A su turno, de ocurrir que los valores axiológicos que conciernan a determinado derecho pudieran variar, pues es proporcional que la solución pueda igualmente representar un resultado distinto al que podamos enunciar *prima facie*. De esta forma, si nos referimos a la pugna de colisión entre el

derecho al honor y el derecho a la libertad de informar, las variables fácticas de si se afecta gravemente o no la intimidad personal de un sujeto, pueden determinar si el derecho al honor ha de pesar más que el derecho a la libertad de informar en las condiciones propias del problema acotado. Del mismo modo, la libertad de informar puede ser un valor más afectado, y por tanto de mayor peso en la ponderación, si del escrutinio del asunto a examinar bien pudiera implicar que el valor concernido tenga relación con el acceso a la información pública sin expresión de causa, aspecto que supone el ejercicio regular de un derecho. En dicho caso, no hay lesión sustantiva de contenidos del derecho opuesto, esto es, el derecho al honor. *Ergo*, pesará más el derecho a la libertad de informar.

En concordancia con lo expuesto *supra*, si bien es verdad que no es una tarea sencilla determinar el contenido central de un derecho fundamental -sea esencial o sea su ámbito constitucionalmente protegido- sí nos quedan claras dos premisas: de un lado, no es tarea prioritaria trabajar los contenidos no esencial o adicional, o bien el marco constitucionalmente no protegido, pues ellos podrán ser determinados, por exclusión, respecto al contenido esencial o constitucionalmente protegido. Por otro lado, reviste importancia concentrar la atención de la interpretación constitucional en el espacio central o núcleo duro de un derecho fundamental, dado que si se afecta dicho espacio del derecho que aludimos, cuya expresión de moralidad básica es importante (Peces-Barba, 1999, 37), entonces hay necesidad de tutelar ese contenido al cual nos referimos, así como de brindarle la protección urgente que dicho derecho reclama.

En vía de aproximación, entonces, a ese contenido central, sí podemos marcar un derrotero para acercarnos a ese núcleo duro de un derecho fundamental, y observamos que ello tiene lugar asumiéndose el criterio de *prohibición de arbitrariedad manifiesta*. De esta forma, podemos asumir que existe *arbitrariedad manifiesta* o evidente cuando una conducta, aun pudiendo ser racional pero no razonable, trasgrede severamente un derecho fundamental.

En relación a lo acotado, la racionalidad alude al sentido fuerte de una regla. Asumamos que estamos frente a la luz roja del semáforo. El mensaje es claro: no pasar. De ocurrir lo contrario, estamos infringiendo la regla y arriesgándonos a una sanción pecuniaria. La razonabilidad, en cambio, suele derivar de un principio o derecho fundamental. Bajo esta pauta, la luz roja puede expresar una razonabilidad, entendida como una premisa en sentido débil, y nos referimos aquí al contexto de que en la idea de luz roja subyace también el concepto de protección de la vida. De esa forma, quien respeta la luz roja, implícitamente está cuidando su vida, y ello tiene lugar a través de la interpretación de un contexto de razonabilidad, lo que puede equivaler, también, a una razón débil en su configuración, pero fuerte en su aplicación (García Figueroa 2001, 647), caso este último en el cual una decisión jurisdiccional pudiera esbozar el contenido de que es necesario tutelar el bien jurídico vida y que en el respeto y acción de no cruzar la luz roja, figurativamente, tenga cabida la protección del bien jurídico vida. Siguiendo nuestro ejemplo, y en procura de acercarnos al contenido esencial o constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, bajo el epígrafe de *prohibición de arbitrariedad manifiesta*, ciertamente sí habría infracción a la libertad de locomoción, si la luz roja pudiera comprenderse como una prohibición absoluta de tránsito. Por cierto, que nuestro ejemplo ha sido maximizado y quizá hasta exagerado, pues jamás el objetivo de la luz roja sería impedir el paso de una persona o un vehículo, mas en ese contexto es importante asimilar que una actitud manifiesta desproporcionada, irrazonable e incongruente, sí ameritaría una necesidad de tutela, en razón de haberse afectado el contenido esencial o constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

Continuando con el ejemplo, habrá de afectarse severamente la libertad de tránsito, si una persona es detenida arbitrariamente sin mandato judicial. Notemos aquí un aspecto importante: no obra, en este caso, el mandato motivado de un juez para la detención de una persona. Tampoco hay esbozos de debido proceso para proceder al internamiento judicial de una persona. En consecuencia, hay afectación

ostensible al derecho a la libertad individual, lo que conlleva a la necesidad de tutela jurisdiccional en el ámbito constitucional.

Para abordar un escenario vinculado a los derechos de los trabajadores, habrá afectación manifiesta al derecho fundamental al trabajo, en caso que el juez hubiere resuelto, con decisión desestimatoria, y además con infracciones a las reglas sustantivas del debido proceso, un eventual proceso judicial ordinario relativo a la pretensión de reincorporación del trabajador.

Podrá aseverarse que existe cosa juzgada formal y material respecto al proceso ordinario, mas es de suyo previsible que habrá de tenerse en cuenta que la acotada infracción a las reglas al debido proceso como derecho fundamental, justifica la necesidad de tutela constitucional, dada la noción de arbitrariedad ostensible que representa infringir de modo superlativo las reglas que conciernen al debido proceso. Por tanto, los ejemplos antes esbozados nos acercan a una idea matriz: la aproximación a la vulneración evidente al contenido esencial o constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, pasa por una mención de *prohibición de arbitrariedad manifiesta*. Esta idea nos acerca a una de las ideas base de nacimiento del derecho constitucional, esto es, la razón de existencia de esta disciplina para frenar los excesos del poder (Aragón, 1987, 15).

Siguiendo esa misma dirección de ideas, la noción de existencia del contenido central de un derecho fundamental nos conduce a que constatemos en el ejercicio del mismo una *prohibición de arbitrariedad manifiesta*, justamente porque arbitrariedad y derechos fundamentales representan una manifiesta incompatibilidad, y la sola idea de comparar ambos términos, nos dirige insoslayablemente a una relación de exclusión. De esta forma, la idea de una vigencia efectiva de los derechos fundamentales nos reconduce a una prohibición e interdicción de conductas ajenas al sentido de razonabilidad de los derechos fundamentales, y de suyo exige un rol activo de los intérpretes de los derechos fundamentales, dado que no existe

otra alternativa. En ese sentido, el *cogito ergo sum* de Descartes se convierte en el caso de los derechos fundamentales en un apotegma: *there are no fundamental rights with arbitrariness.*

Los deberes de delimitación de los derechos fundamentales desde la jurisprudencia

Al referirnos a un deber de limitación, recogemos la tesis central de que no existen derechos fundamentales ilimitados sino, en propiedad, que es importante una comprensión de la dimensión de los mismos para asimilar sus contenidos para una real valoración de los mismos, desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico equilibrado, ordenado y al mismo tiempo predecible. A lo expuesto, debemos acotar que en apariencia los derechos fundamentales parecerían ser ilimitados, y que prueba de ese crecimiento virtual se expresaría en leyes, acciones y decisiones restrictivas de ciertos derechos en aras de proteger mejor otros derechos fundamentales o, en su caso, decisiones importantes de la justicia supranacional que parecerían consolidar cada vez estándares más altos a respetar por parte de los Estados. Sin embargo, cobra aquí relevancia el criterio de *corrección funcional* (Hesse, 1992, 45) que informa la interpretación constitucional. Esta noción parte de la premisa de que solo corresponden juicios correctores cuando una regla, acción o decisión no adecúa sus estándares a la naturaleza material de los derechos fundamentales o al sentido último del principio de primacía normativa de la Constitución. Por tanto, aquello que funcione conforme a los principios, valores y directrices propios de la Carta Fundamental, no amerita una acción de corrección funcional, en tanto que aquello que distorsione la *ratio* de los derechos fundamentales o, a su turno, no supere el control concentrado que demanda toda regla al ser contrastada con la Ley de Leyes, entonces deberá sujetarse a un juicio de corrección, lo cual se expresa como una decisión que modifica las anomalías o patologías constitucionales.

En el sentido expuesto, aseguramos que estas tareas correctoras tienen dos modos vinculantes de expresión: aquellas que realiza la justicia constitucional, de un lado y, por otro, el rol que le compete a la justicia supranacional.

Tareas a cargo de la justicia constitucional

La justicia constitucional representa, desde nuestra posición, la *essentia juris* del siglo XXI. Si el siglo XIX y gran parte del siglo XX expresaron el tránsito del Estado legislativo de derecho, es desde finales del siglo XX y en propiedad es en el siglo XXI que tiene lugar el arraigo de la justicia constitucional, representando esta, muchas veces, un escenario de conflictos y colisiones de derechos que precisamente parte de ese escenario de indeterminación que caracteriza a los derechos fundamentales. Es verdad que la indeterminación de los principios es una expresión base en todo ordenamiento constitucional, pues resulta igualmente cierto que la fase de concepción de los derechos fundamentales es débil por naturaleza y, sin embargo, al asumirse la fase de aplicación de dichos derechos, es la justicia constitucional la que realiza la racionalización de contenidos de esos derechos, y ello expresado en un fallo jurisdiccional, se convierte en razón fuerte.

El esquema de razonamiento que presentamos *supra* dilucida efectivamente entre razones débiles y fuertes de acuerdo a las fases de concepción o aplicación del derecho. El razonamiento teológico, por ejemplo, será fuerte en su fase de creación e igualmente fuerte en su fase de aplicación, pues la naturaleza de la fe se expresa en un acto de convicción. Así, la creencia firme en Dios o la aceptación de la figura de la Santísima Trinidad son posiciones que expresan una posición de fe. El creyente asume sus convicciones con fe y eso expresa razones fuertes.

Al referirnos a los derechos fundamentales, sin embargo, partir de valores como la verdad, la dignidad o la solidaridad, implica aludir a términos semánticamente abiertos y, para expresarlo en términos rigurosamente argumentativos, aludimos a

conceptos jurídicos indeterminados sobre los cuales precisamente el intérprete va a buscar un esfuerzo de racionalidad argumentativa. La premisa que antecede explica la naturaleza compleja de los derechos fundamentales y revela, de igual modo, el esfuerzo necesario que le corresponde a la justicia constitucional por establecer sus contenidos. Dicha complejidad conduce, en consecuencia, a escenarios de aparente dimensión ilimitada cuando las circunstancias de un asunto con relevancia jurídica parecerían consolidar que algunos derechos son desvirtuados porque se otorga preferencia a un derecho fundamental, o bien cuando una Corte ampara un derecho fundamental cuya congruencia con la ley denotaría la desproporción de aquel.

Sin embargo, es pertinente contextualizar nuestras afirmaciones pues el rol de la justicia constitucional, en realidad, es de una racionalización de contenidos materiales de los derechos fundamentales. Es así bienvenido un *activismo judicial restringido* de la justicia constitucional que establece bajo reglas de ponderación un estándar de proporcionalidad adecuado entre los derechos en pugna. Ese activismo judicial a que aludimos es ponderado, afirmamos, pues se encuentra en su justa medida respecto a los derechos fundamentales. De ocurrir lo contrario, nos encontraríamos frente a figuras de hiperactivismo o hipoactivismo judicial.

En el caso del hiperactivismo judicial, como figura de *sobredimensionamiento*, los jueces otorgan derechos en forma desmesurada, concediendo mucho más allá de lo solicitado, sin cuidar la debida proporción entre los derechos. Aquí juega un rol preponderante un voluntarismo judicial sin mayor exigencia de racionalidad, así como tiene lugar un contenido semántico nominal de los derechos fundamentales. Los jueces conceden derechos, simplemente, porque aparentan exigibilidad en forma redundante y bajo matices de decisionismo judicial.

Por su parte, el hipoactivismo es una expresión de *anomia* de los derechos fundamentales. El criterio del juez es la observancia rigurosa del principio de legalidad por sobre los derechos fundamentales y volvemos, en dicho caso, a la

prevalencia del Estado legislativo de derecho, es decir, de la jerarquía de la ley sobre la Constitución. De esa forma, los derechos fundamentales resultan preteridos ante la sola existencia estática del principio de legalidad.

¿Qué hace en estos escenarios de *sobredimensionamiento* o *anomia* la justicia constitucional? Creemos que racionaliza los contenidos de los derechos fundamentales, así como redefine constantemente la supremacía normativa de la Constitución y expone estas figuras en su dimensión más adecuada. Ciertamente, le corresponde a la justicia iusfundamental un rol corrector y, a través de la doctrina constitucional, de los precedentes vinculantes y de las sentencias interpretativas, crea un espejo histórico que refleja la medida adecuada de los derechos con raigambre constitucional.

En relación a la doctrina, coadyuva ella a sentar las bases dogmáticas de la justicia constitucional y ello permite una mejor comprensión de los derechos fundamentales. La doctrina contribuye a sentar una base abstracta de estos derechos y, por cierto, constituye un insumo que apoya a los jueces constitucionales a tomar decisiones acordes con la *lex legum*. Por último, la doctrina constitucional que esboza en sus fallos el Tribunal Constitucional marca un criterio de adhesión, pues corresponde a la línea interpretativa de nociones que van a marcar las decisiones del supremo intérprete de la Constitución.

A su turno, los precedentes vinculantes igualmente son elementos de colaboración para una mejor delimitación de los derechos fundamentales. En rigor, son herramientas cuya utilidad apunta a marcar no solo un horizonte de predictibilidad de las decisiones judiciales, sino a marcar el camino para que los jueces de la justicia ordinaria se puedan pronunciar, por cierto, basados en la línea de lectura de los derechos que efectúa el Tribunal Constitucional.

A juicio nuestro, estos precedentes perfilan igualmente una imagen sobria de los derechos fundamentales, en la medida que establecen incluso proscripciones

interpretativas, esto es, aquellos contenidos incompatibles con los derechos fundamentales, así como delimita las interpretaciones que quedan excluidas del ordenamiento constitucional, precisamente, por no denotar una naturaleza acorde con los derechos fundamentales.

Por último, las sentencias interpretativas, en el marco de los procesos de control normativo o abstracto de la Constitución, igualmente constituyen criterios vinculantes *erga omnes* respecto de la supremacía normativa de la Constitución, ámbito del cual no se pueden desligar los derechos fundamentales. Nos explicamos: el control abstracto constitucional, en mayor o menor grado, se vincula a los derechos fundamentales. Es cierto que ese control concentrado va a dirigir su mirada a la compatibilidad de la ley con la Constitución y, sin embargo, ese criterio de análisis no es totalmente excluyente respecto de los alcances de los derechos fundamentales.

De lo reseñado podemos inferir ese rol de adecuado dimensionamiento que le corresponde a la justicia constitucional, noción que nos permite excluir la idea de derechos fundamentales ilimitados. Por otro lado, formulamos una pregunta que es propia: ¿ese rol de la justicia constitucional, al delimitar derechos fundamentales, es solo potestativo del Tribunal Constitucional? Creemos que no, dado que el ordenamiento jurídico también vincula a la justicia ordinaria, que en buena cuenta es aquella que ejercen los jueces ordinarios. De ese modo, no debe perderse la perspectiva de que son usualmente los jueces del poder judicial el primer bastión de defensa de los derechos fundamentales, y bajo esa premisa, el Tribunal Constitucional tiende a conocer decisiones denegatorias, es decir, no conoce aquellos casos que haya estimado o declarado fundados la justicia constitucional de los jueces del poder judicial. De ese modo, esta suele ser un filtro que depura con decisión favorable aquello que merece ser tutelado, y deriva al Tribunal Constitucional solo aquello de índole desestimatoria. Este es el esquema que adopta la Constitución peruana de 1993 en su artículo 202 inciso 2 al señalar que: “Corresponde al Tribunal

Constitucional conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

Manifestaciones de delimitación desde la justicia supranacional

La idea de una justicia constitucional ponderada y acorde con los derechos fundamentales, nos reconduce a una suerte de oposición entre derechos fundamentales y derechos humanos. A juicio nuestro, dicho contraste es tan solo figurativo por cuanto la única diferencia entre ambos conceptos es solo de grado. Los derechos fundamentales corresponden a cada ordenamiento jurídico en forma interna, en tanto que los derechos humanos son herramientas materiales a nivel supranacional y, sin perjuicio de lo dicho, no existe una diferencia taxativa entre ambas nociones. El derecho a la vida es derecho fundamental de cara al interior de una Carta Fundamental y, al mismo tiempo, es derecho humano en perspectiva con la Convención Americana de Derechos Humanos.

La justicia supranacional delimita los derechos humanos bajo una regla fuerte: sus fallos tienen naturaleza vinculante para todos los Estados parte del sistema interamericano, y esa tarea de delimitación jurisprudencial se desarrolla a través de las sentencias que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La importancia de un fallo de la Corte reside en su función correctora respecto de las decisiones adoptadas por los jueces de los ordenamientos nacionales. En efecto, vía control de convencionalidad, es decir, en ese ejercicio de sometimiento de las jurisdicciones nacionales a los estándares de la Convención, no podrán ser alegadas cuestiones de derecho interno para no acatar los efectos de un tratado, en aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

¿Cómo delimita la justicia constitucional los derechos humanos tutelados por la Convención? A través de los estándares que fija en los casos que somete a su conocimiento, identificando cómo debe entenderse la responsabilidad de un Estado frente a un derecho humano cuya afectación se denuncia ante el sistema interamericano de derechos humanos. Reviste aquí capital importancia que toda decisión de la Corte representa un estándar que tiene un efecto de vinculación, no solo para el Estado que es parte en un proceso, sino también la misma decisión de la Corte representa, inevitablemente, una posición a ser tenida en cuenta en sentido fuerte por los demás Estados.

A esto llamamos una *regla de vinculatoriedad*, que no debe admitir reglas de excepción, y es lo contrario de aquello que sucedió con una decisión de la Corte Suprema argentina, al no aceptar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fontevecchia vs. Argentina*. Alegaba la justicia argentina que la Corte no podía revocar un fallo del máximo tribunal de ese país, ni constituirse en cuarta instancia.

De esa forma, y a manera de ejemplo, el caso *Kimel vs. Argentina* (Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 02 de mayo de 2008) representará cómo se entiende afectado el derecho humano a la libertad de informar, pero el caso *Mémoli vs. Argentina* representará cuándo dicha libertad es ejercida con afectación del derecho al honor de otros ciudadanos. Estos ejes de mayor o menor gradación son necesarios de advertir a fin de delimitar las conductas de todos los Estados parte del sistema interamericano frente a supuestas afectaciones a dilucidar entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de informar.

Deberes fundamentales

Avanzado hasta aquí el camino de nuestro estudio, nos corresponde esbozar una siguiente hipótesis: ¿Es posible que esta noción insuficiente de las reales dimensiones de los derechos fundamentales, pueda deberse a lo poco que han

trabajado las constituciones sobre deberes fundamentales? Consideramos que la inquietud esbozada es atendible. Pocas constituciones, e incluso la doctrina, han desarrollado suficientemente la noción de deberes fundamentales o deberes constitucionales (Díaz, 2011, 279) justamente porque nuestra atención se ha centrado, con justificada razón, en los derechos fundamentales, y esto es una tarea que el legislador debe emprender con diligencia.

En el caso de Perú, el artículo 38 de la Constitución de 1993 expresa que todo ciudadano tiene el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución. El deber que fluye de este artículo, en propiedad, es una base del deber fundamental de respeto a la patria, y podrá replicarse que esta es una cuestión implícita entre los deberes ciudadanos. Dicho criterio deviene cierto, pero es importante, con mayor razón aún que, junto al ejercicio legítimo por los derechos fundamentales, es igualmente razonable una carga de preocupación legítima por aquellos deberes que debe cumplir el ciudadano para con su país.

84

Dado lo expuesto *supra*, una premisa a admitir como válida es que, junto a ese ejercicio de delimitación jurisprudencial de los derechos fundamentales, cobra similar importancia la necesidad de trabajar, a nivel de políticas públicas, mayores contenidos, tanto formales como materiales respecto de los deberes fundamentales.

Nuestra posición al respecto es puntual: los entornos de un derecho fundamental no pueden ser ilimitados, dado que una vez que advirtamos sobre ese mismo derecho fundamental la relevancia de un deber fundamental, entonces podemos aludir a la figura de *límites inmanentes* respecto al derecho fundamental que ocupa nuestra atención. Desde ese enfoque, el derecho al libre albedrío, volviendo a nuestro ejemplo de la hamburguesa, expresa una restricción inmanente cuando el Estado asume válidamente su deber de proteger la salud, en vista de que el no ejercicio de ese deber supondría, en el corto y mediano plazo, gastos considerables en los sistemas de atención pública de salud.

En ese sentido, es relevante que las cartas fundamentales asignen desarrollos de contenidos formales de estos deberes fundamentales, reservándose a los jueces constitucionales la evolución material de los mismos, a fin de encontrar, de igual forma, un mejor equilibrio en la visión real de los derechos fundamentales de las sociedades modernas.

Conclusiones

Nuestro estudio ha abordado un enfoque de los derechos fundamentales y su lógica de progresividad, pues la comprensión del problema de derechos fundamentales ilimitados, parte de entender esa clave de crecimiento en sentido racional y razonable.

De la misma forma, no es propio hablar de necesarias u obligadas restricciones a los derechos fundamentales, dado que las limitaciones a los derechos fundamentales parten de una exigencia de configuración adecuada de los mismos. Conceptos como contenido esencial, contenido no esencial, contenido adicional o contenido constitucionalmente protegido o no protegido, demandan un trabajo por cierto complejo para delimitar sus espacios y no crear confusión.

Esas nociones nos conducen a una idea de deberes de delimitación de los derechos fundamentales desde la jurisprudencia, tanto a cargo de la justicia constitucional, así como desde la justicia supranacional, con mayor razón por constituir los fallos de estos órganos jurisdiccionales criterios vinculantes. En esto es importante señalar que el deber formal de configuración le corresponde al legislador, asumiéndose su tarea como un necesario punto de partida, mas le asiste el juez constitucional el deber de configuración material de un derecho fundamental. Desde este ámbito, recae sobre los jueces, prevalentemente, la exigencia de configurar adecuadamente los derechos fundamentales para que no asumamos una dimensión ilimitada de los mismos.

Por último, la tesis de derechos fundamentales ilimitados, que en nuestra opinión no es tal, debe ser engarzada con la idea de deberes fundamentales, en el sentido de exigencias con bases formales y materiales a los ciudadanos, quienes resultan ser los protagonistas de los derechos fundamentales. Podemos exigir derechos, por supuesto que sí, mas ordenemos la premisa de que junto a esa petición natural de derechos, es igualmente razonable acreditemos el cumplimiento real de nuestros deberes fundamentales.

Referencias

- Aragón, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (19).
- Atienza, M. (1997). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*.
- Díaz, J. (2011). Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (28).
- Faller, H. J. (1992). Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (34).
- Figuroa, E. (2014). Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación. *Gaceta Constitucional*, (78).
- García, J. (2009). El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. En R. García Manrique (coord.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid.
- García, A. (2001). El «Derecho como argumentación» y el Derecho para la argumentación. *Doxa*, 24.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. 2 Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mancilla, F. (2015). *La Carta Magna Inglesa de 1215. Origen del constitucionalismo. Estudios e Investigación Socioeconómica y política*. Recuperado de: http://investigacion.prd.org.mx/documentos/Carta_magna.pdf
- Martínez, A. (2005). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Lima: Tabla XII.
- Medina, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.
- Nogueira, H. (2005). Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Revista Ius et praxis*, 11(2).
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Prieto, L. (2001). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Pensamiento Constitucional*, (8).
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

LA JURIDICIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

IVÁN VILA CASADO¹

Resumen

La constitucionalización de la justicia aparece en nuestro horizonte jurídico a partir de 1991, con la Carta Política que les dio carácter normativo a sus preceptos y rompió el estrecho marco de la mera legalidad en el que estaba confinada. Los derechos constitucionales pasaron de ser meras declaraciones programáticas a derechos jurídicamente vinculantes, lo que ha generado una profunda transformación en nuestra institucionalidad y, en especial, en la administración de justicia.

Palabras clave: Constitución, juridicidad, derechos fundamentales, acción de tutela, titularidad de la acción.

¹ Profesor Emérito de la Universidad Libre. Catedrático de posgrados en Derecho Constitucional. Correo: vilacasado@gmail.com

Introducción

La juridicidad de la Constitución es el faro que orienta todo el derecho colombiano y a cuya sombra se acogen los derechos fundamentales en busca de su efectiva y eficaz protección. Surge entonces la necesidad de precisar temas como la fundamentalidad de los derechos fundamentales, los criterios de su identificación, sus mecanismos de protección y, en especial, la acción de tutela. En los últimos tiempos han aparecido eventos que ponen sobre el tapete la cuestión de quiénes son titulares de derechos fundamentales y, por lo tanto, sujetos activos de la acción de tutela. Este punto conduce a la preocupación sobre la discrecionalidad de los jueces en materia de tutela en cuanto eso afecta de manera grave la juridicidad constitucional y, por lo tanto, al Estado social de derecho.

El carácter normativo de la Constitución de 1991

Suelo comenzar el módulo que desarrollo en los cursos de especialización en derecho constitucional con una pregunta que los estudiantes deben analizar y responder en grupo. Planteo la siguiente cuestión: ¿Cuál es la característica más relevante de la Constitución de 1991? Les indico que se trata de la principal diferencia de nuestra Constitución frente a la de 1886. Las respuestas no dejan de sorprenderme. La mayoría se va por el Estado social de derecho. Entro entonces a explicarles que la Constitución de Weimar de 1919 fue en su momento la que contenía el más amplio catálogo de derechos constitucionales, que al amparo de sus normas llegó al poder Adolfo Hitler en 1933 y que bajo la vigencia de esa Constitución se desconocieron los derechos fundamentales y se instauró la más tenebrosa y criminal tiranía que haya conocido la historia en los tiempos modernos.

El problema de fondo es que la Constitución de Weimar, construida sobre las bases del modelo francés, no tenía dientes para su defensa, carecía de eficacia jurídica en materia de derechos fundamentales, los que no pasaban de ser meras cláusulas programáticas para el legislador. Así lo señala Stern, quien agrega que la Constitución de Weimar demostró su incapacidad de supervivencia porque tanto ella como sus instituciones fueron despreciadas de manera constante (1987, 371). Ante ese terrible fracaso del positivismo jurídico y del constitucionalismo que privaba de carácter vinculante a sus normas, la Europa continental tuvo que virar hacia Norteamérica y tomar de allí la fuerza normativa con la que están revestidos los derechos fundamentales, lo que dio lugar al nacimiento, después de la Segunda Guerra Mundial, del nuevo derecho constitucional que tiene como eje central la juridicidad de la Constitución. Dentro de esa tendencia quedó ubicada nuestra Constitución de 1991.

Siguiendo a Schneider debemos decir que la de 1991 es una “Constitución jurídica”, revestida de fuerza directa frente a los órganos y funciones estatales, lo mismo que frente a los particulares en muchas circunstancias (1991, 77). Esa es la característica toral de nuestra Constitución, la que hace posible que el Estado social de derecho no sea una mera declaración programática o una justa aspiración, sino un principio jurídico constitucional vinculante, que la acción de tutela sea lo que ella es, en fin, que al amparo de sus normas la Corte Constitucional haya podido generar la amplia y vigorosa jurisprudencia garantista y protectora de los derechos que ha contribuido en grado sumo a hacer del nuestro, un mejor país del que existía antes de 1991.

Que eso no esté suficientemente claro en la mente de nuestros abogados y nuestros estudiantes, cuando la Constitución ha cumplido ya 27 años, no deja de ser decepcionante y nos lleva a traer aquí la amarga queja del profesor italiano Zagrebelsky: “la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas” (1995, 10).

Tenemos entonces que la Constitución colombiana tiene fuerza normativa. Vincula a todos los sujetos públicos y privados, vinculación jurídica que se ubica en el nivel más alto del derecho, en el vértice del ordenamiento jurídico, por encima de cualquier otra clase de normas. Le son aplicables las palabras de Stern cuando afirma que la Constitución es el supremo orden fundamental normativo, de ahí procede su pretensión de vigencia y su respeto por parte de todos los órganos del Estado y de todos los ciudadanos (1987, p. 370).

Concepto de derechos fundamentales

En lo que tiene que ver con el concepto de derechos fundamentales hay que decir que ellos constituyen en nuestra época la condición misma del Estado democrático y el eje de la Constitución. La razón de ser de una Constitución es el reconocimiento expreso de un ámbito de facultades y prerrogativas adquiridas por el ser humano por la sola razón de su existencia, ámbito protegido contra cualquier injerencia de los órganos estatales y de los particulares situados en posición dominante. Se caracterizan porque reconocen facultades o pretensiones referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, los cuales son imprescindibles para su desarrollo como persona y se derivan de su dignidad. Son los derechos más importantes que tienen las personas, constituyen la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Los derechos fundamentales conforman el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del *status* jurídico del individuo (Solozábal, 1991, 88). Cabe aquí plantear la pregunta acerca de la relación que existe entre los conceptos derechos fundamentales y derechos humanos, en ocasiones considerados como sinónimos, ya que en muchas ocasiones la respuesta se ha dirigido a señalar que se trata de conceptos iguales, de términos que son sinónimos.

Debemos recordar que la Revolución Francesa produjo ese maravilloso documento de reconocimiento de los derechos humanos que fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, un auténtico paradigma universal de los derechos y libertades individuales, los que son concebidos como derechos naturales, es decir, derechos que nacen con el hombre, de manera tal que la ley no hace más que reconocerlos o declararlos, pero no establecerlos: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (artículo 1º); “El fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (artículo 2º). Se reconocieron allí como derechos universales, la libertad personal, la propiedad, la seguridad y el derecho de resistencia a la opresión, lo mismo que la libertad de pensamiento y sus manifestaciones, la escritura y la prensa. En el artículo 16 se estipuló que toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución. Sin embargo, la supremacía de la ley, al consagrar el predominio de la voluntad mayoritaria del hacedor de la ley, dejó desprotegidos los derechos de las minorías, y al prohibir la intervención de los jueces frente a los posibles abusos de la ley, convirtió a la Constitución en un conjunto de normas políticas y a los derechos constitucionales en meras cláusulas programáticas que solo vinculaban al legislador y no podían ser exigidos directamente ante los jueces.

Como ya se anotó, ese modelo hizo crisis con los regímenes totalitarios nazifascistas de la primera mitad del siglo XX. Después del grado de barbarie y de agresión a la dignidad humana al que se llegó, no era posible que ese marco constitucional, impotente ante el horror genocida e ineficaz para proteger los derechos más elementales del ser humano, continuara con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Surgió entonces un nuevo modelo de Constitución del que ha sido paradigma la Ley Fundamental de Bonn, hoy Constitución de Alemania. Es claramente indicador del viraje producido el hecho de que dicha Constitución dedique su primer capítulo a los derechos fundamentales, claro

reconocimiento de la primacía de la persona humana sobre el Estado y señal inequívoca de rechazo al fascismo, para el cual el Estado lo es todo y el hombre concreto es apenas un elemento accidental que debe girar en función de aquel. Esa primacía de la persona humana la corrobora la sencilla y contundente fórmula del artículo 1º constitucional:

La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Apartándose del carácter meramente programático que tenían los derechos en la Constitución de Weimar de 1919, la Ley Fundamental de Bonn señala en forma expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable, lo que permite que ante cualquier medida del poder público el ciudadano pueda invocar sus derechos fundamentales y solicitar, en caso de lesión, protección judicial. Al volver a la cuestión planteada acerca de la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales debemos acudir a la autoridad del profesor Alonso Pérez Luño quien afirma que el término derechos humanos aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de derechos fundamentales. El destacado tratadista español establece la siguiente distinción:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. (1998, 46).

Fundamentalidad de los derechos fundamentales

Ahora bien. Surge aquí una nueva pregunta: ¿Por qué los derechos constitucionales fundamentales son fundamentales? Se trata de un interrogante que ha dado lugar a discusiones iusfilosóficas que tienen en común la crítica docta a la forma como el tema ha sido abordado en los textos constitucionales que se han ocupado de ellos. Se los acusa de falta de claridad conceptual y de incoherencia lógico-jurídica. En su favor hay que decir que constituciones como la alemana, la española y la colombiana fueron elaboradas, no por un simposio de juristas expertos en derecho constitucional, sino por asambleas constituyentes integradas democráticamente por hombres y mujeres de profesiones diferentes y de distinta condición social y económica, que representaban los partidos políticos y movimientos sociales que tenían en el momento la fuerza electoral y la legitimidad democrática suficientes para acceder a ellas.

Sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales porque hacen parte de la Constitución, la ley fundamental del Estado, es negar, contra toda evidencia, que existe un conjunto de derechos con prerrogativas especiales que los diferencian de los demás derechos constitucionales.

El elemento formal

Desde la perspectiva formal, dos son las condiciones que caracterizan a los derechos fundamentales: (i) la fuente constitucional, el hecho de su inclusión explícita en la Carta Política, y (ii) la garantía reforzada que dichos derechos tienen, garantías de las que carecen los derechos constitucionales no fundamentales (Chinchilla, 1999, 58). Es la Constitución misma la que se encarga de señalar que existen derechos fundamentales y derechos constitucionales que no lo son.

Establece, además, los criterios que permiten identificar cuáles son esos derechos fundamentales. ¿Con qué propósito? Pues para otorgarles privilegios y garantías especiales que refuerzan su protección. Concretamente, la Constitución colombiana les otorga a los derechos fundamentales prerrogativas tales como la aplicación inmediata sin necesidad de intermediación de la ley, la protección mediante acción de tutela y la reserva de ley estatutaria para su regulación, entre otras.

Ahora bien. Es claro que en las constituciones que no establecen diferencias entre los distintos derechos constitucionales no se puede hablar de derechos fundamentales. Es el caso de Venezuela, en cuya Constitución actual, la de 1999, no se tipifican derechos fundamentales. El Título III se denomina “De los deberes, derechos humanos y garantías”, y en él están incluidos derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos y ambientales. Todos ellos, sin distinción alguna, están protegidos con la acción de amparo constitucional que es un procedimiento oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad (artículo 27). Es evidente que en la Constitución venezolana (convertida por desgracia hoy en una Constitución meramente semántica) solo se habla de derechos humanos y no cabe allí distinguir derechos fundamentales.

El elemento material

Hay que advertir que el concepto de derechos fundamentales no se queda en el aspecto meramente formal, en la “positivación” que de ellos hacen constituciones como la colombiana. La jurisprudencia y la doctrina han venido elaborando una teoría sobre su contenido material que se centra en la idea de que los derechos fundamentales son consustanciales a la dignidad del hombre; son derechos inherentes a la persona humana, esenciales, sin los cuales no podría concebirse una vida digna. Se trata de derechos constitucionales ligados al principio fundamental de la dignidad humana.

Criterios de identificación de los derechos fundamentales

Es un asunto de la mayor importancia en nuestro derecho constitucional. De acuerdo con la amplia y rica jurisprudencia de la Corte Constitucional se deben tener en cuenta criterios de distinción tanto formales como materiales. La Constitución colombiana no deja campo a la vieja discusión entre iusnaturalistas y positivistas, ya que en ella tienen cabida ambos enfoques. En efecto, son derechos fundamentales los que la Constitución señala, con las características que les son propias (criterio formal positivista); pero también los son los derechos inherentes a la persona humana, aunque no figuren en la Constitución ni en los convenios internacionales vigentes (criterio material iusnaturalista).

La labor de identificación de los derechos fundamentales fue realizada por la Corte Constitucional desde sus primeros fallos, lo que produjo como resultado una muy amplia enumeración en la que de manera coherente se incluían todos los derechos que de una u otra manera debían ser reconocidos como fundamentales por mandato de la Constitución de 1991 (Corte Constitucional, 1992a). En ese listado encontramos señalados como derechos fundamentales:

- Los indicados en la codificación constitucional.
- Los consagrados en forma expresa en la Constitución.
- Los reconocidos en los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso.
- Los inherentes a la persona humana, aunque no figuren en la Constitución ni en los convenios internacionales vigentes.
- Los derechos que por su conexión con derechos fundamentales adquieren dicha calidad.

Detengámonos un momento en esta última categoría. Desde sus inicios, la Corte Constitucional se adhirió a la doctrina constitucional que sostiene que el carácter de fundamental de un derecho no depende solo de su naturaleza, sino que se deben considerar las circunstancias particulares de cada caso concreto. Según la Corte, los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos inmediatamente los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos (Corte Constitucional, 1992b). En un sinnúmero de oportunidades, la Corte ha establecido que derechos de naturaleza social, económica, cultural, colectiva o del ambiente pueden convertirse en derechos fundamentales en circunstancias especiales y determinadas que permitan establecer su conexidad con derechos fundamentales.

La transmutación de los derechos

La idea de que los derechos prestacionales se truecan o transmutan, en ocasiones, en subjetivos y, por ende, en fundamentales, apareció en la Corte Constitucional en el año 1993 en la Sentencia T-108, en la que con ponencia de Fabio Morón Díaz se afirmó:

De manera que el derecho asistencial a la educación una vez convertido en realidad en las relaciones entre particulares, deviene fundamental y por ende susceptible de ser protegido mediante el ejercicio de la acción de tutela, en determinados casos y atendiendo a sus particulares características.

El concepto fue ampliado y precisado en la Sentencia T-207 de 1995 en la que con ponencia de Alejandro Martínez Caballero se planteó la posibilidad de que un derecho prestacional se convierta en fundamental. Al respecto, la Corte afirmó:

Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo, esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales.

Gradualmente, a los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación. Tales elementos varían según la prestación de que se trate y el medio de exigibilidad utilizado.

El concepto de transmutación hizo carrera en la Corte Constitucional, la que, mediante una Sentencia de Unificación, la SU-819 de 1999, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, precisó sus alcances:

Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico.

Surge aquí la inquietud acerca de la relación que existe entre el concepto de la transmutación de los derechos prestacionales en fundamentales y el de los derechos fundamentales por conexidad. En la Sentencia T-712 de 2007, que tuvo por ponente a Rodrigo Escobar Gil, la Corte, al referirse al derecho a la salud, señaló que:

Aunque no es un derecho amparable de manera autónoma por vía de tutela, puede ser objeto de protección por parte del juez de tutela ante la presencia de las siguientes

circunstancias: i) cuando se encuentre estrechamente ligado con un derecho constitucional de carácter fundamental, como la vida o la integridad personal, o sea, por conexidad; ii) cuando se trata de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores y iii) ante la transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales.

En esa misma providencia, la Corte recordó que en tratándose de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, esa corporación ha sostenido que, dado el carácter programático y de desarrollo progresivo de esos derechos, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales, por cuanto, mientras no se concreten en planes de ejecución del Estado, más que derechos son principios orientadores de la función pública, pero que en la medida en que ellos sean objeto de un desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que le permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo, que goza de la naturaleza fundamental de manera autónoma y es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, sin que se tenga que establecer su conexidad con otros derechos fundamentales.

Se desprende de lo anterior que una cosa son los derechos fundamentales por conexidad y otra, muy diferente, la transmutación de derechos prestacionales en fundamentales. Sin embargo, la Corte en Sentencia T-016 de 2007, sostuvo:

Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos -unos más que otros- una connotación prestacional innegable y que ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

En relación con este tema hay que decir que no parece tener mucho sentido desbaratar la tabla de criterios de identificación de los derechos fundamentales realizada por la Corte Constitucional en sus primeros años de funcionamiento. El criterio de la conexidad aparecía en el mundo del constitucionalismo colombiano como incuestionable por su vocación incluyente, al no dejar desprotegido ningún derecho constitucional cuando su vulneración afecte de manera real y concreta derechos fundamentales, como lo comprueba la muy nutrida jurisprudencia de la propia Corte.

Al decir del profesor y exmagistrado Jaime Córdoba Triviño, en términos prácticos, el criterio de conexidad ha sido la principal herramienta para la protección judicial de todos los derechos constitucionales. Agrega que esa amplia efectividad es comprensible por lo menos por dos razones: su sencillez conceptual, lo que ha facilitado su amplia difusión, ya que cualquier persona sin formación jurídica puede entender plenamente el significado de la conexidad y así utilizarla en la defensa de sus derechos y, de otro lado, porque este criterio representó el paso inicial para la eliminación de barreras definitivas entre los derechos constitucionales (*Derechos constitucionales*, obra en preparación).

Ahora bien, de vuelta al tema de la transmutación, hay que decir que en una afortunada síntesis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el profesor Córdoba Triviño sostiene que la transmutación es un concepto que permite superar la diferenciación definitiva entre los derechos (tradicionalmente considerados) fundamentales y los derechos (tradicionalmente considerados) prestacionales y programáticos, bajo una premisa muy simple: una vez los órganos legislativo y administrativo concretan el contenido del derecho o, cuando menos, establecen obligaciones claras y concretas frente a este, el derecho se hace exigible y puede considerarse fundamental.

Protección de los derechos fundamentales

Dado el carácter jurídico de la Constitución de 1991, le correspondía rodear a los derechos fundamentales de suficientes garantías para que ellos fueran efectivos y establecer mecanismos y recursos que les permitan obtener protección eficaz frente al poder público y sus múltiples manifestaciones. Las garantías con las que la propia Constitución rodea los derechos fundamentales pueden ser agrupadas en tres categorías: (i) normativas; (ii) jurisdiccionales, y (iii) extrajudiciales. Recordémoslas brevemente:

Garantías normativas

Son los principios y reglas constitucionales que actúan como eficaces instrumentos para lograr que los derechos operen como tales; que no se les opongan mayores restricciones que las admitidas en el ordenamiento jurídico; que aseguren el adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de la violación de los derechos por parte de los poderes públicos y de sus agentes, así como la consecuente sanción para los transgresores. Las cláusulas normativas constitucionales que en forma expresa garantizan la efectividad de los derechos constitucionales en general, son:

- Presunción de la buena fe (artículo 83).
- Prohibición de exigencias no previstas en las normas generales (artículo 84).
- Responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90).
- Responsabilidad personal de los agentes públicos (artículos 90-2, 91 y 92).

Presunción de la buena fe: en relación con este principio hay que decir que ya existía en nuestro Código Civil desde el siglo XIX como una disposición contenida en el artículo 769. La Carta Política la ha elevado a la calidad de principio constitucional en el artículo 83, el que encabeza el capítulo dedicado a la protección y

aplicación de los derechos, norma que establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. El potencial jurídico de esta garantía constitucional es amplio y con profundas implicaciones en el trajinar cotidiano del derecho. Rompe con la inveterada concepción negativa que informa gran parte de la actuación del aparato burocrático colombiano en la que impera la desconfianza frente a los particulares y la presunción de la mala fe, al exigirse con demasiada frecuencia que la buena fe debe probarse.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de la buena fe informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos; lo que el constituyente quiso fue consagrarlo como una verdadera garantía. Con la constitucionalización del principio de la buena fe se logra que este se convierta en eficaz instrumento para lograr que la Administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público, por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia (Sentencia T-469 de 1992, ponente, Alejandro Martínez Caballero).

En relación con este punto debo agregar que suelo aconsejar a mis estudiantes, en su inmensa mayoría funcionarios públicos siempre expuestos a investigaciones disciplinarias, que la primera trinchera de su defensa debe estar emplazada en el campo de la presunción de la buena fe, lo que obliga a la otra parte a probar la mala fe. Los abogados sabemos lo que eso significa.

Prohibición de exigencias no previstas en las normas generales: los derechos de las personas y, en general, la realización de cualquier actividad que tenga que ver con el ejercicio de los derechos y libertades, solo pueden ser regulados por la ley o por autorización expresa de la ley, como sucede con los reglamentos policivos. El control de constitucionalidad garantiza que el legislador no vulnere

los derechos constitucionales al expedir las normas que se ocupan del ejercicio de los derechos. El constituyente colombiano consideró que, a pesar de tan amplio sistema de control, era necesario fijar una talanquera contra la muy extendida actitud de los funcionarios públicos de ponerles trabas a los ciudadanos y exigirles requisitos no previstos en las normas generales.

Esa es una deformación propia de la burocracia, la que se nutre y autojustifica con la desconfianza permanente frente a las intenciones reales o supuestas que animan a los gobernados cuando van a realizar una determinada actividad. El artículo 84 constitucional prescribe que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. La prohibición es mucho más clara cuando se trata de una actividad que no ha sido objeto de reglamentación general. En tal caso, se estará ante un derecho no regulado y, por tanto, no limitado, frente al cual las autoridades públicas no podrán exigir permiso o licencia de ninguna naturaleza.

Responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes: durante casi todo el siglo XIX, el Estado fue considerado como no responsable por los daños que causara con ocasión de su actividad con base en la teoría de la soberanía absoluta del Estado. Si el Estado es soberano, no puede ser responsabilizado por sus actos o hechos. Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896 abrió el camino hacia la responsabilidad patrimonial del Estado, la que se basó inicialmente en la responsabilidad indirecta: el Estado debía responder por los daños causados en su actividad por haber incurrido en culpa, al no haber seleccionado con cuidado sus agentes (*culpa in eligendo*), o por no haberlos vigilado en forma debida (*culpa in vigilando*). Para su fundamento legal, se acudió a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que versan sobre la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos. A partir de 1939, la Corte Suprema decidió darle cabida a la tesis

de la responsabilidad directa y acudió para ello al artículo 2341 del Código Civil que establece la responsabilidad por el hecho propio (Rodríguez, 1995, 372-382).

La situación cambió en 1960 cuando el Consejo de Estado empezó a considerar que el sustento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado por la culpa, falta o falla en el servicio se encontraba en el derecho público, en especial, en el artículo 16 de la Constitución y en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, el Código Contencioso Administrativo de ese entonces. La teoría de la falla en el servicio consiste en afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en la misma que generen daño, dan lugar a una responsabilidad directa del Estado (Vidal Perdomo, 1985, 364).

En la Constitución de 1991 se fijó de manera expresa la responsabilidad patrimonial por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas (artículo 90). Ha dicho el Consejo de Estado que la consagración del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal ha ampliado el ámbito de su aplicación, porque así esta puede darse no solo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la Administración, sino también cuando, con prescindencia de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 1993, Exp. 7429).

Ahora bien. La responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 no se limita a la extracontractual, como pudiera pensarse a primera vista. La Corte Constitucional ha señalado que el mandato constitucional es no solo imperativo, ya que ordena al Estado responder, sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. La norma simplemente señala dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber: que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Para la Corte, el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general

de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende, por ende, no solo la responsabilidad extracontractual, sino también el sistema de responsabilidad precontractual, así como la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual (Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En lo que tiene que ver con la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, hay que decir que la obligación que tiene el Estado de repetir contra el agente suyo que con su conducta dolosa o gravemente culposa haya originado una condena de reparación patrimonial apareció inicialmente en el anterior Código Contencioso Administrativo en su artículo 77 y en la Constitución de 1991 alcanzó rango constitucional de acuerdo con lo previsto en el artículo 90-2. Ha sido desarrollada por la Ley 678 de 2001.

Para que el funcionario o agente público pueda ser obligado a pagar al Estado el monto de la reparación patrimonial a la que haya sido condenado por razón de una indebida actuación de aquel, se requiere: i) que el funcionario haya actuado con dolo o con culpa grave, y ii) que haya sido legalmente vinculado al proceso en donde se originó la condena. La acción de repetición exige que el agente estatal haya sido vinculado al proceso en el que resultó condenado el Estado, mediante el llamamiento en garantía. Si no ha tenido participación en el litigio con pleno ejercicio de sus derechos procesales, como los de igualdad de las partes ante la ley, de defensa, debido proceso y contradicción, la sentencia no vincula al funcionario con la condena que allí se disponga (Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 22 de julio de 1995, Exp. 0386).

Garantías jurisdiccionales

Cuando las garantías normativas no son suficientes y los derechos fundamentales son vulnerados o se encuentran amenazados, se abre la oportunidad

para acudir a los jueces para que se ponga en funcionamiento el aparato coercitivo del Estado con el fin de que esos derechos se protejan de manera eficaz y efectiva. En tratándose de derechos fundamentales esos mecanismos jurisdiccionales son el hábeas corpus y la acción de tutela.

El Hábeas Corpus: se trata de un recurso de carácter constitucional de origen anglosajón, dirigido a garantizar la libertad personal y a evitar la arbitrariedad. Aunque su origen es bastante antiguo en Inglaterra y el nombre proviene del derecho romano, se institucionalizó en 1679 por medio del *Habeas Corpus Act*, una ley impuesta por el parlamento inglés al vacilante rey Carlos II, que obligaba a los funcionarios a manifestar en el plazo de tres días la causa de la detención de un individuo, a presentar a un detenido sin mandato judicial ante los tribunales, y a abstenerse de detener de nuevo a quien había quedado en libertad gracias a un hábeas corpus. La Constitución colombiana ubica el hábeas corpus dentro de los derechos fundamentales. En rigor, se trata de un recurso de carácter constitucional concebido para proteger, en forma directa y a través de un trámite de sin igual rapidez, los derechos fundamentales de la libertad personal y el debido proceso. El artículo 30 constitucional prescribe que 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 hábeas corpus, el cual se debe resolver en el término de 36 horas. El recurso ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria 1095 de 2006.

No tiene mucho sentido señalar que el hábeas corpus es un derecho fundamental porque ello conduce a confundir un derecho con el mecanismo que lo protege. La confusión es aún mayor si se tiene en cuenta que la acción de tutela, la gran protectora de los derechos fundamentales, no puede ser utilizada en un caso de detención arbitraria, como lo ha venido indicando la Corte Constitucional desde la Sentencia T-459 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández y lo prescribe el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. En la Ley estatutaria 1095 de 2006 se afirma que el

hábeas corpus es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional, lo que puede ser considerado como una antinomia.

La acción de tutela: es, sin lugar a dudas, el mayor y más claro logro del nuevo derecho constitucional colombiano. Constituye lo que yo suelo señalar como la prueba reina del carácter normativo de la Constitución de 1991, de su eficacia jurídica. Además, es la institución constitucional más apreciada y querida por la ciudadanía, por lo que es inmensa su contribución a la estabilidad macropolítica de Colombia. En un informe dado a conocer en agosto de 2014 por la Defensoría del Pueblo se dijo que el derecho de petición se constituyó como el derecho fundamental más invocado en las acciones de tutela (48,1%), seguido del derecho a la salud (25,3%). Este resultado es lógico si se tiene en cuenta que el derecho de petición ha empoderado a los colombianos frente a las estructuras del poder porque les ha dado herramientas para inquirir sobre sus derechos ante los funcionarios que se ven obligados a responder sí o sí, sin importar que se trate del más humilde de los peticionarios.

La acción de tutela es una garantía de protección reservada en forma exclusiva a los derechos fundamentales, entendidos estos dentro de los amplios parámetros de identificación consignados en la Carta. Su antecedente remoto es el derecho de amparo mexicano, pero su modelo cercano es el recurso de amparo español, inspirado a su vez en el amparo alemán.

Un paso en falso: la tutela contra providencias judiciales

El artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 admitía en forma expresa la tutela contra sentencias o providencias judiciales que pusieran fin a un proceso, la cual caducaba a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente. El

artículo 40 del mismo Decreto establecía una competencia especial para tal evento. Lamentablemente, ambas normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-543 de 1992, de la que fue ponente José Gregorio Hernández, en una cerrada votación de cuatro contra tres.

El soporte argumentativo de dicha sentencia es el respeto a los principios constitucionales de la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Se llega incluso a afirmar: “Hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada”. Los tres magistrados que salvaron el voto rechazaron la idea de que la tutela pudiera afectar la cosa juzgada y expresaron que anteponer la seguridad jurídica a la justicia material era un recurso truculento porque una comunidad donde la violación de los derechos fundamentales permanezca impune no reúne ninguna condición mínima de seguridad. La Sentencia C-543 de 1992 es el más grave y costoso error cometido por la Corte Constitucional en toda su historia. Grave por su abierto desconocimiento del carácter normativo de la Constitución de 1991 en momentos en que ese punto ya había sido resuelto por el Tribunal Constitucional alemán y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España en su artículo 44, en favor de la viabilidad jurídica del amparo contra providencias judiciales. Error costoso porque la citada sentencia solo dejó la posibilidad acudir a la tutela cuando el juez haya incurrido en una vía de hecho y de allí se agarró la Corte en el desarrollo de su función de proteger los derechos fundamentales cuando ellos son vulnerados en las decisiones judiciales.

Pero, ¿cuándo hay vía de hecho? La doctrina y la jurisprudencia utilizan dicho término para referirse a los actos de autoridades públicas que, por configurar una burda violación del régimen jurídico, no merecen ser considerados como actos jurídicos, apenas situaciones de hecho. Así también lo entendió la Corte Constitucional al señalar en la Sentencia T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes, que una actuación de la autoridad pública se torna en vía de hecho susceptible

del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

En sentencias posteriores, la Corte, a través de sus salas de revisión, fue ampliando el criterio de lo que debía entenderse por vía de hecho en actuaciones judiciales. En la Sentencia T-162 de 1998, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, la corporación dijo:

La Corte ha considerado que una sentencia podrá ser atacada a través de la acción de tutela cuando (1) presente un *defecto sustantivo*, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un *defecto fáctico*, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un *defecto orgánico*, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un *defecto procedimental*, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico (las cursivas son del texto).

Como era de esperarse, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado rechazaron la acusación de que algunas de sus sentencias pudieran ser consideradas como una burda violación del derecho o que obedecieran a la sola voluntad o capricho de los magistrados. Razones sobran para explicar la santa ira de tan altos magistrados, porque tachar algunas de sus sentencias como actos que transgreden en forma grosera el orden jurídico equivalía a señalar a sus autores ante la opinión pública como vulgares prevaricadores.

Lo que en realidad hizo la Corte Constitucional fue revivir la tutela contra providencias judiciales que ella misma había declarado inconstitucional,

aunque para ello hubiera sido necesario acusar a las providencias judiciales que posiblemente vulneraban la Constitución como groseras violaciones del derecho. Después de casi una década de mantener tan injuriosa denominación, la Corte Constitucional empezó en el año 2003 a cambiar la expresión “vía de hecho” por otra, bastante vaga e indeterminada pero menos ofensiva, la de “causales genéricas de procedibilidad de la acción”. Así aparece en las sentencias T-441, T-462, T-589 y T- 943, todas del año 2003 y todas con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, en las que aparecen nuevos vicios o defectos de las sentencias que ameritan la procedencia de la tutela. En la Sentencia T-493 se redefinió la regla jurisprudencial de la Corte sobre la acción de tutela contra las providencias judiciales de la siguiente forma:

Todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación; (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.

Así las cosas, y para fortuna de los colombianos, la acción de tutela contra providencias judiciales existe en nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la desafortunada Sentencia C-543 de 1992 que la había declarado inconstitucional. De esa manera, y aunque utilizando los atajos, la Corte Constitucional ha podido seguir protegiendo la juridicidad de los derechos fundamentales frente a providencias judiciales, haciendo respetar la supremacía de la Constitución que en esa materia la convierte en el único tribunal de cierre.

Garantías extrajudiciales

Se entienden por tales el conjunto de garantías en virtud de las cuales determinadas instituciones no pertenecientes a la rama jurisdiccional se encuentran constitucionalmente obligadas a la protección y defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. La vinculación de tales instituciones a la tarea de proteger los derechos de las personas obedece a mandatos expuestos de la Constitución, se ejercen con desigual intensidad en ámbitos diferentes, con instrumentos jurídicos y procedimientos de distinta índole, según la naturaleza de la entidad obligada (Álvarez Conde, 1994, 425).

Las autoridades e instituciones no jurisdiccionales a las que la Carta Política les encarga el deber de velar por los derechos constitucionales de las personas en Colombia, a cuya cabeza se encuentran los derechos fundamentales, y les asigna competencia para hacerlo, son:

1. El Presidente de la República (artículo 188).
2. La Policía Nacional (artículo 218).
3. Las Fuerzas Militares (artículo 217).
4. El Procurador General de la Nación (artículo 277).
5. El Defensor del Pueblo (artículo 282).

Titularidad de los derechos fundamentales

El concepto de derechos fundamentales está en relación directa con el de la dignidad humana, su elemento basilar. Hay que recordar que la dignidad humana es aquello que constituye en toda persona su condición imprescindible, cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su

naturaleza. El respeto a la dignidad del ser humano es un principio fundamental del Estado colombiano (artículo 1º) y se erige como el pilar sobre el cual se asienta todo el sistema de los derechos fundamentales y el de sus garantías. El ser humano es un fin en sí mismo. No puede ser considerado como instrumento de nada ni de nadie: ni de otras personas, ni del Estado, ni de institución alguna, por respetable que ella sea. El hombre tiene derecho a la autodeterminación, a la libertad de decisión, porque de lo contrario habría degradación y envilecimiento de su condición humana. La protección y el respeto a la dignidad de la persona humana son el objetivo central de la teoría y la praxis de los derechos fundamentales (Vila Casado, 2012, 477).

Algunas decisiones judiciales recientes nos llevan a reexaminar el tema de quiénes son titulares de los derechos fundamentales y, por lo tanto, quiénes pueden ejercitar acciones de tutela. Hay que partir, necesariamente, de la Constitución Política que en su artículo 86 prescribe que 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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Aparecen aquí dos elementos clave: la persona y los derechos fundamentales. Se trata, en primer lugar, del ser humano, y en algunas circunstancias de la persona jurídica, no en sustitución de sus miembros sino en forma directa porque a ella le corresponden derechos fundamentales como el debido proceso y la inviolabilidad de la correspondencia, entre otros, como lo ha señalado la Corte Constitucional desde sus inicios (Sentencia T-411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

No ayuda al fortalecimiento de nuestro derecho constitucional y, por ende, a la protección de los derechos constitucionales, el considerar que los animales y las

cosas pueden ser titulares de tales derechos. A esa dirección apuntaba la decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de conceder el recurso de hábeas corpus al oso *Chucho* del zoológico de Barranquilla con el argumento de que una asignación de derechos no podía verse como una novedad en nuestra cosmovisión, sino como el desarrollo y la extensión de los principios jurídicos de las personas a los seres sintientes en forma proporcional, ponderada y horizontal, pues ética y ontológicamente los derechos no pueden ser patrimonio exclusivo de los humanos. En buena hora, tan insólita providencia fue revocada por la Sala de Casación Laboral de la misma Corte, con la afirmación de que el recurso de hábeas corpus es un mecanismo creado para proteger la libertad de los individuos, lo cual excluye de facto a los animales y a las personas jurídicas.

Causa profunda extrañeza y preocupación la Sentencia T-622 de 2016, de la que fue ponente Jorge Iván Palacio, porque en ella se reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes “como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”. En dicha sentencia se afirma de manera expresa: “Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó”.

Es digna de encomio la tarea de proteger la naturaleza en todas sus expresiones y a ella hace referencia nuestra Constitución en el capítulo III del Título II, en especial, en el artículo 79. Se habla hoy en día de la concepción ecológica de la Constitución Política y de la defensa del medio ambiente sano como un objetivo fundamental dentro de la actual estructura del Estado social de derecho colombiano. Eso no tiene discusión. Pero señalar que los animales como seres sintientes tienen derechos constitucionales y que los ríos son sujetos de derecho que tienen como su representante legal al Estado y a las comunidades circunvecinas, es una pretensión que desdibuja el concepto constitucional de los derechos fundamentales y el de

su principal mecanismo de protección, la acción de tutela, con la consiguiente afectación de la fuerza normativa de la Constitución de 1991 que hace que el artículo 86 de la misma tenga carácter jurídico vinculante, lo que obliga a impedir que se le interprete de manera discrecional por los jueces.

Conclusión

A manera de conclusión hay que decir que la transformación que la justicia colombiana ha tenido en materia de protección de los derechos fundamentales nace del hecho de que la Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, es jurídica y tiene, por lo tanto, carácter vinculante. A partir de allí se ha generado el arrollador fenómeno de la constitucionalización del Derecho, para fortuna de este país.

Referencias

- Álvarez Conde, E. (1994). *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Chinchilla Herrera, T. (1999) *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Córdoba Triviño, J. (s.f.). *Los derechos constitucionales*. Apuntes de una obra en preparación.
- Corte Constitucional. (1992a). Sentencia T-406. M.P. Angarita Barón, C.
- Corte Constitucional. (1992b). Sentencia T-571. M.P. Sanín Greiffenstein, J.
- Corte Constitucional. (1992c). Sentencia T-469. M.P. Martínez Caballero, A.
- Corte Constitucional. (1992d). Sentencia T-459. M.P. Hernández, J.G.
- Corte Constitucional. (1992e). Sentencia C-543. M.P. Hernández, J.G.
- Corte Constitucional. (1993a). Sentencia T-079. M.P. Cifuentes, E.
- Corte Constitucional. (1993b). Sentencia T-108. M.P. Morón Díaz, F.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-207. M.P. Martínez Caballero, A.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-333. M.P. Martínez Caballero, A.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia T-162. M.P. Cifuentes Muñoz, E.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU-819. M.P. Tafur Galvis, Á.
- Corte Constitucional. (2007a). Sentencia T-712, M.P. Escobar Gil, R.
- Corte Constitucional. (2007b). Sentencia T-016. M.P. Sierra Porto, H.
- Pérez Luño, A. (1995). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez, L. (1995). *Derecho administrativo general y colombiano*. 8 Ed. Bogotá: Temis.
- Schneider, H. (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Solozábal Echavarría, J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*, 71.
- Stern, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Vidal Perdomo, J. (1985). *Derecho administrativo*. 8 Ed. Bogotá: Temis.
- Vila Casado, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. 2 Ed. Bogotá: Legis.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

¿QUIÉNES SON LOS VERDADEROS FORMALISTAS EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO¹

119

Resumen

Partiendo de la distinción entre teorías formalistas de la validez jurídica y teorías formalistas de la decisión judicial, se señala que en el siglo XX las teorías formalistas de la validez judicial, como la de Kelsen, han sido, como todo el iuspositivismo de la época, teorías antiformalistas de la decisión judicial, mientras que el formalismo de la decisión de los jueces lo heredaban las doctrinas iusmoralistas, que afirman la única respuesta correcta para cada caso y niegan o convierten en excepcional la discrecionalidad judicial. El actual neoconstitucionalismo principialista y ponderador es una de esas doctrinas formalistas de la decisión judicial. En su forma canónica de hoy, viene marcado por la síntesis que hace Alexy entre la jurisprudencia de conceptos

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España).

alemana y Dworkin, a lo que Alexy añade un método acabado de ponderación. De esa manera, este constitucionalismo principialista y ponderador es una especie de reflejo invertido de aquella metafísica decimonónica de la jurisprudencia de conceptos. Por esa vía, la metafísica alemana sigue hoy impregnando la teoría del derecho continental, y muy especialmente en Latinoamérica.

Palabras clave: formalismo, decisión judicial, ponderación, neoconstitucionalismo, jurisprudencia de valores, argumentación.

Introducción

120 | En la actual teoría y filosofía del derecho, y creo que de manera muy destacada en Latinoamérica, están muy extendidos una serie de lugares comunes que podríamos sintetizar del siguiente modo, atendiendo nada más que a la temática que en este trabajo nos interesa: a) el positivismo jurídico es formalista, mientras que las corrientes antipositivistas o pospositivistas son antiformalistas; b) el constitucionalismo positivista es poco sensible a los elementos morales y políticos que dotan de fundamento moral al Estado de derecho, mientras que el constitucionalismo antipositivista, muchas veces llamado neoconstitucionalismo, es mucho más receptivo frente a esas bases morales de las constituciones y las defiende mucho mejor; c) el iuspositivismo en general, y en particular el constitucionalismo iuspositivista, casa bien con planteamientos políticos y sociales de carácter conservador, mientras que el pospositivismo y el neoconstitucionalismo cuadran de mejor manera con designios progresistas y reformistas.

Tales lugares comunes conforman auténticos mitos de la teoría jurídica y el constitucionalismo de nuestros días, y muy particularmente en América Latina, repito. Son muchos los que los cultivan de buena fe y sin conciencia de que en la

base de cada uno late una falsedad promovida las más de las veces por teóricos de moral turbia y trayectoria dudosa, al servicio de poderes políticos o económicos escasamente democráticos y, desde luego, poco propensos a la promoción sincera de los derechos fundamentales y, menos, de los derechos sociales.

No es propósito de este escrito el de desmontar en detalle cada uno de esos mitos que se conjugan al modo de una ideología como falsa conciencia de juristas ingenuos, y hasta da un poco de vergüenza ajena reparar en quienes en verdad se creen tales patrañas² sin respaldo histórico ni textual. Nada más que voy a resaltar lo que podríamos llamar la paradoja del formalismo, consistente, en que, en la teoría de la decisión judicial, los verdaderos y más propiamente formalistas son los que se dicen antipositivistas, principialistas y ponderadores. En este punto hay que empezar por deshacer la confusión entre teorías formalistas de la validez de las normas jurídicas y teorías formalistas de la decisión judicial.

Son teorías formalistas de la validez las que mantienen que, dentro de un sistema jurídico, el que sea, una norma jurídica es válida si satisface ciertas condiciones que son “formales”, en sentido amplio de la expresión: si dicha norma ha sido creada por el órgano y con el procedimiento que se estipula en otras normas del mismo sistema jurídico. La de Kelsen es posiblemente el ejemplo más radical de teorías formales o formalistas de la validez jurídica.

Son teorías formalistas de la decisión judicial³ las que afirman que el juez puede y debe decidir correctamente los casos que se le someten, mediante la aplicación de un método de razonamiento o un procedimiento intelectual que le

2 Abochorna pensar que todavía pueda haber quien se diga profesor de Derecho y siga repitiendo que el iuspositivismo kelseniano fue culpable de las iniquidades jurídicas del nazismo, o no caiga en la cuenta de que así como ha habido en el siglo XX iusmoralistas indudablemente demócratas, no escasean por ese lado los que han bendecido dictaduras haciéndolas pasar por encarnación del derecho natural o recreación de la verdadera justicia, mientras que están fuera de toda duda los servicios a la teoría y la práctica democrática que han prestado autores iuspositivistas como Kelsen, Ross, Hart, Bobbio, Ferrajoli.

3 Sobre las teorías formalistas de la decisión judicial, más ampliamente, García Amado (2012).

permita hallar en el sistema jurídico la solución única correcta (o casi) que en este se contiene para cada pleito, sin que en tal proceso de decisión del juez tenga que darse (o casi sin que tenga que darse) ningún elemento de valoración subjetiva, ninguna parte de discrecionalidad judicial. En este ámbito de la decisión judicial, todos los autores que a lo largo del siglo XX y hasta hoy se pueden denominar como iuspositivistas y sean cuales sean las variantes de su iuspositivismo, son profundamente antiformalistas, pues todos, en medida mayor o menor, niegan que la decisión judicial correcta pueda objetivamente hallarse para cada caso (o casi) a base de aplicar métodos lógicos, mecánicos, aritméticos o puramente formales, y todos resaltan el insoslayable componente de discrecionalidad judicial. Hasta tal punto es esto así, que una de las notas definitorias del iuspositivismo jurídico del siglo XX es precisamente esa, la afirmación de la discrecionalidad judicial. Ese antiformalismo iuspositivista puede ser muy radical, como en el caso del iuspositivismo empirista del realismo jurídico escandinavo, puede ser muy fuerte, aunque matizado por la asunción del componente ideológico que acompaña la autopercepción del juez como vinculado a la ley (Kelsen), o puede ir de la mano de una filosofía política que haga énfasis en el sustrato moral de los sistemas jurídicos modernos y que propugne que los jueces hagan un uso de su discrecionalidad lo más leal posible con tal sustrato moral (Ferrajoli, 2011).

En ese tema de la decisión judicial, el formalismo ha tenido dos configuraciones principales: el paleopositivismo o positivismo metafísico del siglo XIX, encarnado, en el derecho continental, por la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, y el iusmoralismo principialista y ponderador, que tiene su antecedente primero en la jurisprudencia de valores, toma la noción de principios jurídicos de Dworkin y halla su síntesis metodológica en la doctrina de Alexy y su diseño de la ponderación como método para alcanzar las decisiones correctas de cada caso, en el marco de una ética de signo constructivista y con muy escaso espacio para la discrecionalidad judicial. Esa es la paradoja histórica que pretendo acreditar

aquí, la de que el principialismo alexyano y el conceptualismo decimonónico, el del primer Jhering, estructuralmente se parecen como dos gotas de agua, pues comparten la fe en la perfección del sistema jurídico, rellenan de metafísica el derecho y piensan que hay un método que permite al juez arribar con objetividad y mucha certeza a la solución única correcta para cada caso.

Racionalidad del Derecho vs. racionalidad del juez

En la teoría del derecho se han dedicado ingentes esfuerzos y ríos de tinta para fundar la decisión racional de casos jurídicos. Siempre se conjugan dos elementos a este propósito: la racionalidad que se predique del derecho mismo en tanto que materia, objeto o “realidad”, y el grado de esfuerzo, metodológicamente guiado, que se le pida al sujeto que en derecho decide, a fin de alcanzar la decisión jurídica correcta. Y rige prácticamente sin excepción la siguiente regla:

Cuanto más alta es la racionalidad que al derecho como tal (y sea cual sea la materia prima de lo jurídico, según la teoría de turno) se le atribuye, menor es el énfasis que se pone en el esfuerzo reflexivo o cognitivo del juez; y, a la inversa, cuanto mayor es el énfasis en los defectos estructurales e inevitables del derecho en tanto que medio regulador, más de destaca el papel determinante del conocimiento, la agudeza metodológica o las actitudes del juez o sujeto llamado a decidir los casos jurídicos.

Generalmente, y en particular en la literatura anglosajona, se presenta el panorama como de muy simple contraposición entre enfoques formalistas y enfoques propios del llamado realismo jurídico (norteamericano). Formalistas serían aquellas viejas teorías que pensaban que la decisión judicial consiste en un muy elemental silogismo en el que se ponen en relación los hechos y la norma que a ellos se ajusta y surge sin esfuerzo del juez el fallo, con poco que argumentar,

pues allí donde las dos realidades se ajustan perfectamente, la realidad fáctica y la normativa, poco más cabe añadir, si no es mostrar el prodigio lógico y hasta metafísico. A ese formalismo habría venido a ponerlo en serios apuros el realismo de aquellos jueces y profesores que desde las primeras décadas del siglo XX nos hicieron conscientes de que no es la lógica, sino la ideología la que mueve las decisiones judiciales, y que no es la competencia deductiva, sino la muy personal y “situada” intuición la que determina los contenidos de los fallos.

Pero, sin que quepa invalidar por completo el anterior esquema, habría que matizar que, al menos en los ámbitos del llamado derecho continental, las cosas son algo más complejas. No podemos comprender la mutación en el modelo de racionalidad jurídica si atendemos solo al elemento subjetivo, al modo como el juez razona o a la base subjetiva de su decisión. Hay que considerar también la idea del derecho y, al menos en el derecho continental, lo determinante fue el cambio en la idea de lo jurídico.

El tránsito del siglo XIX al XX fue, en la teoría jurídica, el paso del modelo del derecho perfectamente racional (o casi) al modelo del derecho no perfecto, defectuoso, por así decir. Sobre la francesa escuela de la exégesis influía el llamado mito del legislador racional⁴ y, en consecuencia, el derecho positivado en el código era contemplado como derecho perfectamente racional. El sistema jurídico tenía tres propiedades que lo hacían poco menos que perfecto: plenitud, coherencia y claridad. Es decir, no había lagunas ni antinomias y los problemas interpretativos o no existían o eran desdeñables, o se podían resolver con ayuda de un método bastante sencillo, generalmente consistente en la averiguación, mediante indicios históricos patentes, de cuál había sido la voluntad del legislador. Si, además, se pensaba que los hechos hablaban por sí mismos y que poca o nula relevancia tenía la valoración de la prueba por el juez⁵, mero fedatario de lo fácticamente acaecido,

4 Sobre los orígenes y alcances de ese mito véase especialmente Calvo García (1986, 103 y ss.).

5 Perfecto Andrés Ibáñez (2007, 9) habla de “decisionismo intimista” para referirse a aquel viejo hábito,

era fácil desembocar en la visión de la decisión judicial como simple silogismo o elemental subsunción, sin componentes creativos o subjetivos, pura objetividad parangonable a la científica y modo en que razón teórica y razón práctica se daban la mano en el campo de la praxis jurídica.

Para los alemanes de la jurisprudencia de conceptos, también en el XIX, los esquemas de fondo no eran muy diferentes, pese a que, para ellos, no contaba de igual manera la idea del legislador racional y ya que en los territorios alemanes la codificación no se había impuesto desde los inicios del siglo, como en Francia, sino que fue cristalizando con más lentitud y en medio de muy conocidos debates⁶. Lo que cambiaba era la materia prima de lo jurídico, pues donde los franceses veían en los preceptos del Código la esencia racional y plenamente objetiva del derecho, los alemanes ubicaban tal racionalidad y objetividad perfectas en las ideas o “conceptos”, que componían algo así como la pirámide ontológica del derecho. Baste recordar cómo, en derecho privado, la idea matriz es la autonomía de la voluntad y de ella se van deduciendo, con una especie de necesidad derivada de algo así como la lógica material, los contenidos que dan su ser y su sentido a los conceptos que hacia abajo se encadenan según su nivel de abstracción: negocio jurídico, contrato, compraventa y demás contratos, etc. Si los franceses subsumían bajo enunciados claros, precisos y coherentes del *Code*, los alemanes encajaban bajo los contenidos necesarios e inmutables, metafísicamente impuestos e invariables, de cada concepto jurídico. Al igual que los artículos del Código se van desplegando con arreglo a la figura de un árbol del saber jurídico, los conceptos jurídicos, para la ciencia jurídica alemana, se van esquematizando conforme a los trazos de un árbol “lógico” y en una escala que baja de la abstracción a la concreción, paso a paso y

no tan lejano, de pasar de puntillas sobre la motivación de los hechos y su prueba en la sentencia.

6 No se olvide que el BGB entra en vigor el 1 de enero de 1900.

hasta llegar a los conceptos más concretos, siempre genealógicamente dependientes de los más abstractos que ocupan los peldaños superiores de la pirámide⁷.

De una manera o de la otra, o bien porque el Código encarna la autorregulación de la nación y es expresión de la sabiduría ínsita en el legislador que a la nación representa y a sí misma se regula, o bien porque los contenidos conceptuales o ideales de lo jurídico expresan un orden necesario del ser, un orden metafísico incontestable, lo jurídico es perfecto y plenamente racional y sus reglas (se deriven de las palabras del código o de los contenidos de cada concepto) permiten pensar que hay para cada caso una única solución correcta predeterminada en el sistema jurídico y que el juez puede y debe hallar en cada litigio que resuelva. Bajo tales puntos de vista, los jueces no crean derecho, no ejercen discrecionalidad y cuentan con un método plenamente operativo para extraer con acierto la solución que para cada asunto yace en el subsuelo del sistema, sea ese subsuelo semántico y lógico o sea ontológico o metafísico. Tal vez los seres humanos resultan sumamente imperfectos y no muy sabios, y lo mismo los jueces, como humanos que son, pero poco importa si la perfección está en el derecho mismo y ese humano que juzga no tiene que hacer mayor cosa que, con ayuda de elementales consignas metodológicas, sacar del sistema jurídico la solución única correcta para cada caso, por completo predeterminada a su voluntad, independiente de su subjetividad, no condicionada en modo alguno por sus preferencias personales o sus convicciones morales o ideológicas. Al igual que las verdades científicas no dependen de lo que al físico o al químico le guste o le convenga, la verdad de las soluciones jurídicas, lo que sea para cada caso la solución jurídica verdadera, no depende de nada que esté a merced de la conciencia o la opinión del juez, sino de un orden objetivo que el juez ni manipula ni condiciona, pero que puede conocer si emplea el método debido.

⁷ Pero no según las pautas de lo que llamaría Kelsen un sistema dinámico, sino de una especie de sistema estático en el cual cada concepto inferior deriva sus contenidos de un concepto superior y en cuanto concreción o adecuación del mismo para un ámbito más preciso.

Fue esa concepción optimista y metafísica, idealista y confiada del derecho, la que sucumbió por completo con el paso del siglo XIX al XX. En Francia, la crítica destructiva de Gén⁸ no dejó de la escuela de la exégesis títere con cabeza, justo en el cambio de siglo, y luego llegó el particular sociologismo jurídico de los franceses y remató la faena. En Alemania, el Jhering de la segunda época inicia los ataques cuando faltan más de tres décadas para que el XIX termine, y con el cambio de siglo se consuma el descrédito definitivo de la jurisprudencia de conceptos, que muere bajo el fuego cruzado de Kelsen y su normativismo antimetafísico y su relativismo moral, de Ehrlich y los que bajo su ejemplo se adscriben al sociologismo jurídico, de la escuela de derecho libre (Fuchs, Kantorowicz, Isay...), de la jurisprudencia de intereses (García, 2011) que funda Heck y desarrollan autores como Müller-Erzbach o Rümelin, entre otros.

Se puede decir con bastante seguridad que en los años veinte y treinta del siglo XX no queda en Europa un solo autor informado e influyente⁹ que siga anclado en la visión optimista e hiperracionalista que de lo jurídico se tenía en el XIX y que todavía sostenga que el derecho es obra acabada de la razón, que la decisión judicial es un elemental silogismo o una subsunción muy sencilla, que los valores del juez no influyen determinadamente en sus fallos, que no hay discreción judicial o que no importan las razones de la sentencia, porque si ha sido correcto el razonamiento del juez, en el fallo se plasma la razón del derecho. Y el realismo jurídico escandinavo firma la definitiva sentencia de muerte del optimismo de los juristas.

8 Sobre Gén^y y su crítica a la escuela de la exégesis es fundamental la obra de Bernuz Benítez (2006), igualmente para aproximarse al contexto en que surge esa crítica de Gén^y (17 y ss.) y sobre las características de la escuela de la exégesis (72 y ss.).

9 Cosa diferente es lo que siguió (¿y sigue?) sucediendo en algunas facultades de derecho, en las que la gran mayoría de los profesores ni suelen ser influyentes ni destacan por estar muy informados, y donde la idiosincrasia jurídica decimonónica perduró mediante una organización de la enseñanza a medida de la vieja concepción de lo jurídico, como síntesis de la razón u objeto de un aprendizaje acrítico, memorístico y cuasirreligioso, con la bien conocida aproximación de la dogmática jurídica a la dogmática teológica y un inevitable descrédito de toda pretensión de cientificidad, racionalidad o mera utilidad de unas disciplinas jurídicas cultivadas con celo de sacristán más que con maneras de científico social. De hecho, la mayor parte de los profesores de derecho, aún hoy, nada saben de ciencias o disciplinas que no sean esa tan pedestre que enseñan, y aun de esta, poco, desenfocado y bastante inútil.

En medio de las enormes polémicas que en la primera mitad de siglo y en la teoría jurídica europea enfrentan a normativistas con empiristas, a psicólogos con sociólogos, a neokantianos y a neohegelianos, etc., etc., hay un acuerdo de fondo en que el optimismo metafísico del siglo XIX está muerto, en que, por mucho que los legisladores se esfuercen, el derecho es incapaz de abarcar la compleja realidad social, en que los términos jurídicos tienen siempre su halo de indeterminación y en que los jueces crean o recrean el derecho y obran con muy amplios márgenes de discrecionalidad. Pero cuando los jueces de la República de Weimar, primero, y del nazismo, después, usaron todo ese poder que ahora la teoría les reconocía para derribar las estructuras del Estado de derecho, para darle marchamo jurídico al crimen y para convertir en agua de borrajas los derechos subjetivos que las leyes y los códigos reconocían por igual a los ciudadanos, la teoría jurídica sintió la necesidad de retornar a los tranquilizadores esquemas de la fe en la razón, una fe bien contrafáctica, y el idealismo, y empezó a decir de nuevo que donde no exista justicia no puede haber propiamente derecho y que allí donde en verdad el derecho existe proporciona a los jueces certezas racionales con las que resolver cada pleito del modo objetivamente correcto, sin discrecionalidad y sin espacio para el abuso o la tergiversación. Esa va a ser la historia principal del pensamiento jurídico de la segunda mitad del pasado siglo y hasta hoy, o poco menos.

La jurisprudencia de valores alemana y su conservadurismo

Ante lo que podríamos llamar la duda sobre el elemento humano en lo jurídico, se imponía re-racionalizar el derecho, y para eso había que alejar la teoría jurídica del positivismo, que es la doctrina que afirma que las normas son jurídicas en razón de propiedades independientes de su condición moral, de la legitimidad del sistema político en el que rijan y de la racionalidad mayor o menor de su uso. El

primer y decisivo paso lo da, en Alemania, la jurisprudencia de valores, que tiene su expresión emblemática en una afirmación que en 1958 aparece tanto en el comentario que Günter Dürig (1985)¹⁰ publica sobre el apartado 1 del parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn¹¹, como en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso Lüth, y que reza así: “la Constitución es un orden objetivo de valores”.

La naturaleza de la Constitución es concebida como esencialmente axiológica y los valores constitucionales son los primeros y más altos del orden moral en que, en su esencia, el derecho consiste¹². Y de esos supremos valores que conforman el sustrato básico de lo jurídico, el primero es el valor dignidad, recogido en aquel apartado primero del primer parágrafo de la Constitución. Hasta tal punto es todo el orden constitucional un conjunto de valores deducidos de ese valor primero o fundante, y hasta tal punto los contenidos del sistema jurídico son la plasmación normativa o regulativa de esos valores, que afirma Dürig que aun cuando la Ley Fundamental no tuviera más texto expreso que ese primer apartado referido a la dignidad, el contenido real de la Constitución sería el mismo, pues todo lo que tras el parágrafo 1 está escrito en la Ley Fundamental es pura deducción o desarrollo ineludible a partir del valor dignidad.

Es obvio en la jurisprudencia de valores, lo mismo que en cualquier otra doctrina de impronta fuertemente iusmoralista, que, si el elemento primero del sistema jurídico auténtico es axiológico, esos valores no pueden ser de cualquier contenido, sino que han de ser los de la moral verdadera. De esa manera, cuando el juez decide

10 Dice Wesel (2004, 131) que Dürig es el “inventor (Erfinder) del << sistema de valores >> (Wertsystem) de los derechos fundamentales, noción de la que en adelante se sirvió el Tribunal Constitucional, a partir del caso Lüth.

11 Recordemos que ese precepto dice que “La dignidad humana es intocable (unantatsbar)”.

12 Escribe Schlink (2005, 47): “El tribunal constitucional federal se preocupó por no ser demasiado explícito en este aspecto, pero su manera de entender los derechos básicos como valores que componen un sistema de valores y de entender la acción libre como más o menos cargada de valor se fundamentó, de todas formas, en el renacimiento del derecho natural, propio de aquella época. Esta concepción sobrevive en la manera actual de entender los derechos básicos como principios. Y sobre esto último cita Schlink (2005) a Alexy.

conforme a derecho ya no importan tanto las deficiencias o insuficiencias de los preceptos positivos, de los enunciados constitucionales, legales o reglamentarios, ya que puede completarlos, precisarlos y hacerlos plenamente coherentes a base de verlos sobre el trasfondo de ese orden axiológico de contenidos verdaderos y necesarios. Por esta vía, y a partir de la jurisprudencia de valores, *reaparece*, pues, *el sueño decimonónico de que el derecho es, en su trasfondo y más allá de la superficie, un orden perfecto (completo, coherente y claro) que encierra para cada caso una solución correcta, y de que la discrecionalidad judicial es inexistente o escasa*, pues lo que al juez se le pide no es que colme lagunas, resuelva antinomias o elija interpretaciones posibles de los enunciados jurídicos, sino que realice las operaciones intelectuales o siga las pautas metodológicas debidas para dar con la solución objetivamente correcta para cada caso, que será la solución moralmente correcta y, simultáneamente, la solución jurídicamente adecuada, ya que moral y derecho se dan la mano y se aúnan en ese fondo axiológico o valorativo de lo jurídico. O, como más adelante dirá Alexy, el derecho es un caso especial de la razón práctica general.

La jurisprudencia de valores fue el recurso doctrinal de un constitucionalismo alemán de posguerra extraordinariamente conservador y que quería poner, desde la Constitución misma, cortapisas a una eventual victoria algún día de partidos de izquierdas o menos conservadores¹³. Eso explica algunas tremendas sentencias del *Bundesverfassungsgericht* en este tiempo en el que supuestamente se inspiraba en los mejores contenidos de los supremos valores constitucionales.

13 Hay algunos paralelismos o coincidencias sorprendentes y muy aleccionadores. Cuentan Rückert y Seinecke (2017, 42) que la jurisprudencia de conceptos, que se conoce por ese nombre desde que así la llamó en tono burlón Jhering en 1884, tuvo su apogeo en los años cuarenta y cincuenta del siglo XIX y es “hija del constitucionalismo monárquico”, ya que, más allá del texto legal y contra los monarcas, se intentaba “asegurar el derecho mediante los conceptos”. Por debajo de los conceptos a los que las soluciones judiciales se remitían, estaban los valores políticos, sociales, económicos y morales que los impregnaban. Seinecke (2017, 148 y ss) explica el contexto en que aparece la que se llamó jurisprudencia de conceptos, cómo su elaboración más acabada se debe al Jhering de la primera época, el de *Geist des römischen Rechts*, y cuán poco importaba a esos autores, y en especial a ese primer Jhering, la letra de la ley frente a la sustancia metafísica de los conceptos.

El antiparlamentarismo de fondo y la fobia al liberalismo se disfrazaban como apelación a la densidad moral de la Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, de la que se quería alejar toda visión o interpretación de sus términos en clave positivista y mostrar que no importaba tanto lo que la Constitución dijera, como la unidad del pueblo bajo los valores constitucionales que esa doctrina ultraconservadora quería amarrar para siempre, para, ante todo, hacer el sistema inmune a los cambios que pudiera pretender la izquierda si un día ganaba las elecciones democráticas. Toda “jurisprudencia de valores” ha sido siempre bien contraria a cualquier “jurisprudencia democrática”, “y quienes “materializan” la Constitución para lanzarla contra la ley que no sea formal o semánticamente inconstitucional lo hacen siempre para apoderarse de la Constitución misma y hacer pasar su moral personal por moral constitucional objetiva”. Esa paradoja del constitucionalismo alemán de postguerra sigue lastrando el constitucionalismo actual de medio mundo: los profesores que interpretaban y sistematizaban la Constitución eran (y siguen siendo, muchas veces) absolutistas morales que abominaban del pluralismo, la libertad, la autonomía individual y la democracia¹⁴.

Se trataba, por tanto, de hacer ver que el contenido de la Ley Fundamental es mucho más denso y preciso de lo que la Constitución dice y que cuanto en las palabras del texto constitucional queda impreciso o ni siquiera es mencionado está, sin embargo, perfectamente definido y regulado en ese fondo moral que también es Constitución y es la parte esencial de la Constitución. Se buscaba, pues, que pudiera el Tribunal Constitucional declarar inconstitucionales normas legales que en modo alguno contradijeran los enunciados constitucionales o que fueran plenamente compatibles con la semántica constitucional, pero que se

14 Como nos recuerda Günther (2013, 79-80), en los años cincuenta y sesenta, en Alemania, la interpretación de los derechos fundamentales como orden de valores (Wertordnung) planteaba conscientemente un contrapeso a la teoría liberal de los derechos fundamentales y, más que procurar la efectividad de los derechos, quería mantener bajo control su desarrollo y su sumisión a los intereses superiores del Estado.

opusieran a instituciones, tradiciones o reglas sociales que ese constitucionalismo ultraconservador consideraba intocables y que quería librar de todo riesgo de reforma por medio de la legislación. La historia del constitucionalismo del siglo XX nos enseña que el mejor recurso para evitar los cambios sociales por vía legal que más duelen a los poderes dominantes en un país consiste en “materializar” la Constitución a fin de que, digan lo que digan sus artículos, sea posible convertirla en guardiana del orden material y las prácticas establecidas que más favorezcan a tales poderes. De Weimar para acá, el gran enemigo del constitucionalismo conservador ha sido siempre el legislador, y la mayor desconfianza la han tenido siempre las élites políticas y jurídicas respecto de la soberanía popular y el parlamentarismo. La forma de precaverse ante las posibles reformas impulsadas desde los partidos de la izquierda ha sido la de volver sus programas incompatibles con el orden constitucional. Así, por ejemplo, en aquella Alemania de los años sesenta, dominada en lo jurídico por constitucionalistas que, en su mayor parte, no le habían hecho ascos al nazismo en su día, importaba ante todo poner a salvo el orden tradicional de la familia y el alcance máximo de los contenidos del derecho de propiedad, y por eso había que agregar a los artículos de la Ley Fundamental que a la familia o a la propiedad se referían algo más: los valores de una moral particular y partidista que convertían en inconstitucional el ataque contra el viejo orden familiar y económico.

Subsumir y ponderar: dos “métodos” con un designio común

Esa pátina conservadora, que está en los orígenes doctrinales de lo que más adelante se denominaría neoconstitucionalismo, se oculta a base de fundir, un par de decenios después, la jurisprudencia de valores con la teoría del derecho

de Dworkin¹⁵, pensador de lo jurídico que no es conservador en sus propósitos políticos. Dworkin combatía en otro frente, el norteamericano o anglosajón, estaba en otra disputa y seguramente no tenía ni la más lejana noticia del constitucionalismo alemán de la jurisprudencia de valores y muy sucinta información sobre la historia de la teoría jurídica y constitucional europea y del derecho continental. Quien sí conoce bien tanto la obra dworkiniana como el pasado del constitucionalismo alemán es Alexy y a él le correspondió elaborar la gran síntesis¹⁶. Desde posturas políticas o morales también conservadoras, pero de un conservadurismo ya no autoritario como el de sus antecesores, sino más próximo a lo que se podría llamar la doctrina social de las iglesias cristianas (católica y protestantes), a partir de los años ochenta y con un lenguaje que abandona los viejos tonos de la metafísica y adopta ropajes analíticos, Alexy insiste en la idea de que ni el derecho constitucional de un Estado se acaba en lo que dice su constitución o deciden sus tribunales ni es la ley democrática de ese estado Constitucional acorde con la Constitución solamente si no violenta los términos de esta, pues, también para Alexy, el verdadero derecho es el que está de acuerdo con la moral verdadera, razón por la que la moral verdadera es la auténtica Constitución o la parte superior de toda Constitución auténtica.

Puesto que Alexy presenta su teoría fortísimamente iusmoralista ya no en alianza con un iusnaturalismo con aromas de incienso, y bien alejado Alexy de actitudes políticas ultramontanas, dado que toma esquemas conceptuales de Dworkin, cuya filosofía política pasa por progresista, y en cuanto que actualiza la metaética iusmoralista con una síntesis del constructivismo que late en filósofos tan poco sospechosos como Habermas o Rawls, entre otros de los que llevaron

15 Al exponer la teoría jurídica de Dworkin, apunta sagazmente Zaccharia (2016, 432) el precedente de la jurisprudencia de valores alemana.

16 Indicios de cómo la jurisprudencia de valores se apoya en una metaética dubitativa o quizá poco elaborada, a medio camino, según los autores y los tiempos, entre una ética material de valores, al estilo de Scheler, y planteamientos consensualistas emparentados con lo que actualmente se llama constructivismo ético, pueden verse en Bydlinski (1992, 128 y ss.). Más en detalle Pawlowski (1981, 60-82), que dentro de la jurisprudencia de valores alemana diferencia las siguientes corrientes: formal, material, normativa, objetiva y social.

a cabo la llamada “rehabilitación” de la razón práctica, Alexy alcanza su más relevante logro en clave de sociología constitucional, como es que se piense que es progresista, liberador de los pueblos y protector de los derechos un constitucionalismo iusmoralista que quiere poner cortapisas a la soberanía popular, limitar las facultades del poder legislativo más allá de lo que en los términos de las constituciones se establece y hacer que la última palabra (dentro de los límites constitucionalmente marcados) sobre los derechos de los ciudadanos no la tengan los legisladores legítimos mediante el instrumento constitucional de la ley general, sino las judicaturas, y en particular los tribunales constitucionales, más afines generalmente a los poderes “decentes” y más controlables con las herramientas de la política tradicional y, por qué no, más cercanos a las antiguas iglesias y los viejos cenáculos.

Lo que eran para la teoría decimonónica el método silogístico o el de la pura subsunción, lo es ahora el método de la ponderación¹⁷. Si aquellos subsumían, los dworkinianos y alexyanos de ahora ponderan, unos y otros convencidos de que el sistema jurídico es perfecto en su fondo, de que la discrecionalidad judicial no existe o juega un papel marginal o excepcional¹⁸ y de que con ayuda del método en cuestión puede el juez dar con la única solución correcta para cada caso, solución

17 Sobre el modo en que Alexy contrapone subsunción y ponderación, véase Alexy 2003. Críticamente, Garzón (2018, 133 y ss.).

18 El tema de la discrecionalidad judicial en Alexy es discutido y merecería análisis más detenido aquí. Alexy, desde luego, deja un cierto espacio para la discrecionalidad de los jueces y tribunales cuando de la ponderación resulta un empate entre los principios enfrentados en la balanza. Pero, fuera de ahí, Alexy se centra en subrayar que sí hay importantes componentes de discrecionalidad del legislador, en los espacios que el sistema cede a su libre decisión. La clave estaría, a mi entender, en que cuando el legislador tiene discrecionalidad, el juez constitucional carece de competencia para someter a escrutinio y posible anulación sus decisiones, pero cuando el juez sí tiene tal competencia y pondera, la ponderación funciona como vía para la constatación de la solución judicial objetivamente correcta (salvo que se constata un empate en el peso entre los principios enfrentados), no como ejercicio de discrecionalidad valorativa de los jueces. Véase, por ejemplo Alexy (2009, 78 y ss.). Es muy equívoco Alexy (2015, 221) cuando dice, por ejemplo, que “la teoría de la ponderación, basada en la teoría de los principios, está intrínsecamente articulada con una teoría de la discrecionalidad”. Como ahí mismo explica, se trata de que al legislador se le reconocen sus espacios de decisión (¡cómo podría ser de otro modo!) y de que la escala triádica con que se pondera (grave, medio, leve) da pie, en ocasiones, a “puntos ciegos” y empates (ver 2015, 221-223).

que no depende de su conciencia, sino del recto conocimiento que ese juez alcance, caso por caso, de lo que desde su fondo moral el sistema jurídico prescribe. Los franceses de la escuela de la exégesis confiaban ciegamente en la lógica y la semántica y subsumían los hechos del caso bajo las palabras de la ley que imaginaban siempre claras y definitivas; los alemanes de la jurisprudencia de conceptos subsumían los hechos bajo los conceptos que los abarcaban, conceptos que, vistos con los anteojos del realismo conceptual, eran más que palabras, eran entidades ideales (negocio jurídico, testamento, contrato, familia, patria potestad, prenda, propiedad...) dotadas de un contenido metafísicamente necesario, inmutable y universal y sustraído a cualesquiera vaivenes sociales o políticos, conceptos que entre sí se encadenaban según su grado de abstracción y formando algo parecido a aquel árbol genealógico del que habló el primer Jhering en cierta ocasión.

El constitucionalismo iusmoralista de Alexy, sobre la base de la jurisprudencia de valores y de Dworkin, cambia la materia prima del derecho, que ya no se ve en enunciados fruto de la razón jurídica impercedera ni en conceptos jurídicos universales y necesarios, sino en valores morales constitucionalizados por sí y hasta al margen de las palabras y los propósitos mismos del poder constituyente. Porque la moral es la Constitución y la Constitución verdadera no puede ser más que la versión juridificada de la verdadera moral, que es la moral verdadera. Precisamente, si ya no tiene sentido hablar de derecho natural como contrapuesto al derecho positivo es porque el derecho natural se ha constitucionalizado y ahora el derecho natural no solo es ya derecho positivo, sino derecho positivo supremo, derecho constitucional. Así lo dijo ya Dürig (1958) y así lo han repetido tantos luego, como mismamente Zagrebelsky (1995), uno más de los que convierten el dúctil el derecho para poder someterlo al imperio de una moral rígida. Parece evidente que si el derecho natural se ha constitucionalizado no ha sido a base de modificar sus esquemas, sino de mantenerlos indemnes o adaptándolos a los tiempos, de la misma manera que el iusnaturalismo ha ido siempre acomodándose

a la evolución social. No olvidemos, por ejemplo, que cualquier iusnaturalista de ahora mismo¹⁹ afirmará sin ruborizarse que el derecho natural siempre y en todo tiempo ha estado a favor de la plena igualdad jurídica de hombres y mujeres o del divorcio o de la libertad sexual entre adultos con capacidad para consentir.

Moral objetiva y decisión judicial correcta

Si el derecho no es solo ni principalmente lo que dicen las constituciones, las leyes, los reglamentos o los repertorios jurisprudenciales, sino que es lo que manda la moral verdadera para cada caso y a base de concretar para cada caso los contenidos prescriptivos que se deducen de los valores morales en liza, la decisión correcta en derecho tiene que ser la de un juez que tenga recursos aprendidos o naturales para conocer lo que ese orden moral-jurídico de fondo determina y que posea un método capaz de traducir esas determinaciones de fondo a contenidos de la sentencia. Dicho de otra manera, si, para la escuela de la exégesis, la aplicación del derecho no es más que un sencillo silogismo para el que vienen dados, con independencia de las valoraciones del juez, los contenidos de la premisa normativa y de la premisa fáctica, los fallos judiciales son esencialmente previsibles y los jueces son fungibles, en el sentido de que cualesquiera jueces capaces de razonar correctamente y puestos ante el mismo caso, lo decidirán de manera idéntica. Si, para la jurisprudencia de conceptos, la decisión judicial consiste en subsumir o encajar los hechos del caso, perfectamente delimitables y averiguables, bajo los contenidos ontológicamente ciertos y patentes de las ideas o conceptos jurídicos, nada más que hace falta que los jueces tengan la debida formación para conocer en detalle tales contenidos conceptuales y para entender el modo en que entre sí se ordenan y se encadenan, pero, sentado tal conocimiento, también son

19 Aunque quedan pocos porque, para sus propósitos, ya no les hace falta ser iusnaturalistas, les basta hacerse principalistas y marcar los tiempos de la ponderación.

intercambiables los jueces sin que varíen los contenidos de sus decisiones de los casos. Y si, para el principialismo iusmoralista de ahora, en el subsuelo moral de los ordenamientos los valores se acomodan según un orden que se manifiesta al pesar la manifestación de esos valores en los principios jurídicos que concurren para cada caso, lo que importa es que el juez sepa de tales valores y principios y que, a partir de ese conocimiento y de un adecuado manejo de una balanza cuyos resortes él no manipula, jueces diferentes pesarán o ponderarán igual en el mismo caso, pues no tiene sentido pensar que, siendo objetiva la ponderación, varíe el resultado dependiendo de quién pondere. Así que cuando, en un tribunal de cinco magistrados, todos ponderan y deciden por mayoría y no por unanimidad, necesariamente alguno yerra, ya que por definición no pueden haber ponderado todos igual de bien y llegado a resultados divergentes.

Un sistema jurídico cuyos contenidos regulativos y prescriptivos para cada caso van más allá de los enunciados normativos positivos y sus indeterminaciones (vaguedad, ambigüedad, antinomias, lagunas...) no abre al juez un abanico de decisiones posibles (al tiempo que le cierra otras decisiones por incompatibles con los enunciados normativos), sino que le prescribe una decisión única para cada caso. Conforme a esas teorías de la única respuesta correcta, cuando el juez hace lo que debe, decide como debe, que es como el derecho unívocamente le manda, y de esa manera tal juez ratifica ese sistema como plenamente objetivo.

En la economía nos mueve la mano invisible del mercado y en el derecho nos determina la mano invisible de la moral. El derecho opera según su inmanente racionalidad jurídica que es, en el fondo, una racionalidad moral. Somos tan libres como previsibles, y porque somos a la vez libres y previsibles funcionan el mercado y el derecho. Ahí estaría esa especie de analogía estructural entre la teoría económica clásica y la teoría jurídica “clásica”, sea en la versión del positivismo metafísico de la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, sea en la adaptación casi posmoderna del iusmoralismo principialista. Y siempre con

un objetivo inconfeso y aglutinador: que todo siga siendo como debe ser, a base de aparentar que las cosas ya son en todo momento como deben. Al menos sobre el papel, cada uno ya tiene lo suyo, sea según las reglas del mercado, sea de conformidad con los principios de la Constitución, y toda pretensión social o legislativa de alterar ese orden no solo es antieconómica o inconstitucional, sino que es, ante todo, inmoral. De eso es de lo que, en el fondo, se nos quiere convencer. Y por eso la teoría que mejor se opone a la crítica al derecho vigente es la teoría iusmoralista al estilo del principialismo, pues si las constituciones ya son perfectas en sus contenidos axiológicos, a ver con qué cara se pone usted a reprocharles injusticia a esas constituciones axiológicamente perfectísimas.

Constructivismo ético y verdadera Constitución

138

No podemos captar bien el panorama si no tomamos conciencia de lo que el constructivismo ético representa para el constitucionalismo iusmoralista de nuestros días. Las teorías de la única decisión correcta en derecho presuponen algún tipo de sintonía entre el sujeto que en derecho decide y ese orden objetivo externo a él. Si el derecho es un sistema normativo que, sea cual sea la materia prima de sus normas (enunciados legales producidos por el legislador racional, conceptos, valores...), contiene una única solución correcta predeterminada para cada litigio (o casi), hará falta que los jueces posean algún atributo o don o cuenten con algún método que les lleve a descubrir esa solución, que dé pie a que esa solución se les manifieste cuando deben sentenciar. En esto, podría quizá decirse que del siglo XIX a hoy hemos evolucionado de la fe a la razón teológica o de (permítaseme la broma) una teología jurídica luterana a una más católica. En el siglo XIX se venía a pensar que bastaba con la fe o que la solución correcta del caso al juez se le hacía presente algo así como por ósmosis. A un juez bien formado, usted lo coloca ante unos hechos

y a él se le manifiesta la norma o el concepto sin que deba hacer más que dejarse llevar por su impulso lógico; hechos y normas se acomodan solos, se “aparean” en la conciencia pasiva del juez y el fallo se genera como fruto de esa metafísica síntesis.

En cambio, el iusmoralismo actual, que abraza la idea de la única decisión correcta y que rechaza o reduce a mínimos la discrecionalidad judicial, es más complejo a la hora de indicar cómo se le vuelve visible al juez esa decisión moral-jurídica que el sistema le brinda para cada caso. Ya no se apela a la evidencia inmediata y el método se torna más intrincado. En eso, y en particular en Alexy, es capital la aportación del constructivismo ético. No se sostiene que una elemental operación intelectual o un mero cálculo pueda llevar al juez a descubrir en el sistema jurídico-moral lo justo, sino que el juez ha de hacer abstracción de su subjetividad y, una vez que ha delimitado cuáles son los valores y principios concurrentes, debe preguntarse cómo decidirían ese caso cualesquiera sujetos racionales que no estuvieran sometidos a condicionamientos y limitaciones de todo tipo, y que buscaran el acuerdo de la comunidad ideal de habla o del auditorio universal y no dejaran de argumentar racionalmente con sus interlocutores igual de racionales hasta que se alcanzara el acuerdo sobre la solución mejor, que por ser la solución así racionalmente acordada, es la solución única objetivamente debida. Pues solución correcta para cada caso será aquella sobre la que hipotéticamente podrían estar de acuerdo cualesquiera sujetos que sobre las alternativas decisorias dialogasen en condiciones argumentativas ideales y con pleno respeto a las reglas de la argumentación racional.

Por tanto, el sujeto de carne y hueso que, como el juez, tiene que dirimir un conflicto que es jurídico sin dejar de ser en su fondo un conflicto moral²⁰, ha de comenzar en sí mismo, planteándose las alternativas decisorias en el caso, y ha de salir luego de sí mismo para interrogarse acerca de cómo decidiría él

20 Esto significa la llamada “tesis del caso especial” de Alexy.

si en lugar de ser él fuera muchos y en lugar de estar cognitivamente limitado como él está, decidiera bajo condiciones de racionalidad perfecta. Y a ese juez que por razón de sus limitaciones fácticas (falta de tiempo, insuficiencia de la información disponible....) y cognitivas (no es un sabio absoluto, tienen lagunas en su formación, prejuicios, sesgos, ideología...) no puede por definición descubrir cuál es la solución objetivamente correcta, se le pide que aplique la solución objetivamente correcta como si la hubiera podido descubrir; y por eso se dice que no tienen discrecionalidad, sino que, el decidir cada caso, está amarrado a la razón objetiva y de él independiente.

Uno de los más interesantes enigmas de la teoría jurídica alexyana está en cómo puedan conciliarse y combinarse el modelo de racionalidad argumentativa de la decisión judicial que Alexy nos presenta en su *Teoría de la argumentación jurídica*, con su fuerte inspiración constructivista, y el modelo de ponderación que nos propone a partir principalmente de su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, ya patentemente formalista. Pero, más allá de esa duda sobre la que no me toca extenderme aquí, en Alexy, y antes en Dworkin, y en todo el constitucionalismo principialista actual, está de un modo u otro presente esa idea de que la decisión correcta de cada caso en derecho no solo se encuentra predeterminada en el fondo axiológico del sistema jurídico y es cognoscible a base de seguir cierto proceder metódico que es más propio del razonamiento moral que del razonamiento jurídico-formal o técnico-jurídico, sino que el juez hallará esa solución tanto más, cuanto más sea capaz de abstraerse de sí mismo y sus circunstancias y de razonar como un sujeto genérico, como un decididor perfectamente imparcial, como un ser dotado de razón que consigue pensar sin los condicionamientos de sus circunstancias y de su biografía. De ahí que, desde esos patrones teóricos, se crea que, si todos los jueces fueran perfectamente racionales, todos decidirían de modo igual el mismo caso porque, a la postre, la verdad no tiene más que un camino y ese camino es el mismo para Agamenón o para su porquero.

Para el iusmoralismo de la única respuesta correcta, ante casos jurídicos iguales tendrán igual motivo todos los sujetos para dar con la misma respuesta, que es la que en el fondo del sistema jurídico late y aguarda a ser aplicada; y si los decididores a veces divergen, será debido a que existen defectos en el razonar que ocuyen el camino hacia la verdad objetiva y el orden debido. Porque, a la hora de la verdad, todo el que mentalmente visita el auditorio universal vuelve de allá poseído por la solución justa del caso, que es la que aceptan imparcialmente todos esos individuos ideales que en tal auditorio imaginario argumentan y acuerdan.

Insisto en que para el derecho continental está mal planteada esa antítesis y en que la contienda es entre racionalismo e irracionalismo jurídico. Así, por ejemplo, Kelsen, que en tantas cosas discrepaba del realismo jurídico empirista de Ross, en su teoría de la decisión judicial se alinea con los irracionales, mientras que, sin embargo, autores de hoy como Dworkin o Alexy tendrían que incluirse sin duda entre los racionalistas. Y, por otro lado, hay que recordar de nuevo que *poco o nada tienen que ver las teorías formalistas de la decisión judicial con las teorías formalistas de la validez jurídica*. La doctrina kelseniana es formalista en cuanto a la validez del derecho, pero indudablemente antiformalista en su concepción de la decisión judicial y de la praxis jurídica. Su teoría es “pura” en cuanto teoría de la ciencia jurídica, pero radicalmente “impura” al explicar la decisión judicial y cuantas decisiones en el mundo del derecho acontecen. Y bastantes de los iusmoralistas que combaten a conciencia las teorías formalistas de la validez jurídica podrían seguramente ser incluidos entre los que se acercan a una teoría formalista de la decisión judicial. Pues, insisto, si el contenido de la decisión correcta está de alguna manera predeterminado y es independiente por completo de la voluntad o discrecionalidad del que decide, y si hay un método “formal”, como la ponderación, que vale para extraer con toda o mucha objetividad esa decisión correcta para cada caso, algo o mucho de formalista hay en tal teoría de la decisión judicial²¹. Lo

21 Oigamos a Alexy (2003) sobre el peculiar formalismo de la ponderación: “Comenzamos con la

contrario a la decisión formalista sería la decisión discrecional y si no llamamos formalistas a los iusmoralistas, que en su teoría de la decisión judicial niegan la discrecionalidad o la convierten en marginal, habría que buscar un término similar que los describiera.

El formalismo de la decisión judicial, por tanto, es una dirección de la teoría jurídica que se opone a la afirmación de la discrecionalidad como propiedad insoslayable de la decisión de los jueces, tal como afirman las principales corrientes iuspositivistas del siglo XX, empezando por Kelsen y Hart y siguiendo con Bobbio o Ferrajoli, por no hablar del irracionalismo extremo del positivismo empirista propio de los realistas jurídicos, antiformalistas radicales. *El formalismo de la decisión judicial*²² es característica definitoria de las teorías de la única respuesta correcta en derecho. Si en el sistema jurídico está de algún modo predeterminada o prediseñada la solución para cualquier caso, se necesita algún razonamiento “formal” para que quien en derecho decide los casos pueda hacer llegar a su conciencia, a su conocimiento, esa solución externa a él y que él de ninguna manera determina o reconfigura. Podrá ser, por tanto, un cálculo lógico o “aritmético”, un pesaje, una intuición objetiva o cualquier proceder que afiance la correspondencia objetiva entre el fallo que el juez emite y lo que el sistema jurídico manda que el juez falle, al margen por completo de las preferencias de tal juez. Así puestas las cosas, el mayor riesgo

pregunta de si existe una estructura formal de la ponderación que sea en algún sentido similar al esquema general de la subsunción. La respuesta que podemos dar ahora es positiva. A pesar de algunas diferencias importantes, la semejanza es sorprendente. En ambos casos se puede identificar un conjunto de premisas de las cuales es posible inferir el resultado. Ni la fórmula de la subsunción ni la fórmula del peso contribuyen de manera directa a la justificación del contenido de esas premisas. En esa medida, ambas son completamente formales. Pero esto no tiene por qué aminorar el valor que hay en identificar la clase y la forma de las premisas que son necesarias para justificar el resultado. No obstante, la relación entre las premisas y el resultado es diferente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica; la fórmula del peso representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética” (cito por la traducción de Johanna Córdoba, 109). Ese peculiar formalismo de Alexy lo destaca por ejemplo Moreso: “Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética” (Moreso, 2009, 230).

22 No de la teoría de la validez jurídica, repito.

se encuentra en la desfiguración de la solución única objetivamente correcta, de resultas de la interferencia de algún factor subjetivo del juez, sea su ideología, sus prejuicios, su interés, su moral personal, entre otros. El juez será tanto más fiel al resultado objetivo que para cada caso el sistema jurídico le señala cuanto más salga de sí mismo, cuanto menos sea él mismo, como individuo “situado” y condicionado, y cuanto más se comporte como individuo genérico, como sujeto sin atributos individualizadores, como observador radicalmente imparcial, cuanto menos personal y más “mecánica” sea su manera de ubicarse ante el caso; cuanto más, en suma, consiga el juez colocarse mentalmente en la rawlsiana posición originaria y bajo el velo de ignorancia, o cuanto más sea capaz de imaginarse como uno más de los argumentantes perfectamente racionales del perelmaniano auditorio universal o de la habermasiana situación ideal de diálogo.

Aquí es donde la teoría de la argumentación jurídica al estilo de Alexy se da la mano con el constructivismo ético. El sistema jurídico, concebido en clave iusmoralista como la de Alexy, prescribe que la decisión judicial sea ante todo justa, y en caso de que haya una tensión fuerte entre las demandas de la justicia y las del derecho “formal”, vencerá la justicia y la decisión plenamente jurídica será, curiosamente, la decisión *contra legem*, porque como tantas veces resalta Alexy, la decisión jurídica es un caso especial de la decisión práctica general y, por tanto, lo que a la postre busca siempre es la decisión moralmente correcta de cada caso, y gana la moral cuando es fuerte la tensión entre lo que la justicia prescribe y lo que la norma jurídico-positiva manda. Para eso sirven los principios, con su anclaje en valores morales, para justificar como plenamente jurídica la decisión *contra legem*, la decisión opuesta a la regla legal, presentada como decisión que no nace de una preferencia moral personal del juez o tribunal, sino como objetivo resultado de un pesaje llevado a cabo conforme a los pasos del método ponderativo. Pesar o ponderar principios es una manera de sentar caso a caso cuál es la solución *moralmente* mejor para el caso jurídico, si la que prescribe la norma positiva que venga al caso o

la que mande el principio de raigambre moral que a esa norma positiva en ese caso se opone. Pues no debemos perder de vista que la ponderación es una operación de cotejo moral²³ de opciones decisorias, es un esquema de razonamiento moral, como corresponde a la radicalidad con que, para Alexy, el derecho está al servicio de la moral, y a la rotundidad con la que pretende demostrar que jamás hay que hacer caso al legislador, ni siquiera al más democrático, cuando su solución para un caso choque con las demandas claras de la moral verdadera.

¿Racionalidad argumentativa?

¿Cómo puede el juez saber cuál es la solución moral y justa para el caso, a fin de ver si esa solución moralmente correcta cuadra o no con la solución legalmente prevista? Aquí, repito, Alexy ofrece dos opciones que no me parecen muy fácilmente conciliables. La primera y más obvia es la de la ponderación. La otra, la de la racionalidad argumentativa. La ponderación consiste en pesar y aplicar la fórmula del peso, según aquel esquema aritmético que es distinto del esquema lógico de la mera subsunción, pero igualmente formal y formalista. La racionalidad argumentativa consiste en exigir que los argumentos en pro de cada solución se manejen, no cotejándolos con las preferencias y creencias del juez o individuo llamado a decidir el caso, sino del modo como los considerarían cualesquiera miembros de una comunidad de argumentadores perfectamente racionales e imparciales. Lo que ellos decidirían, en su caso, es lo que debe decidir el juez, que en realidad no es ni puede ser uno de ellos, aunque lo desee y se le pida que lo intente. Ese es el paso que va de Dworkin a Alexy. Mientras que el Hércules dworkiniano es un ideal puramente postulado pero que no se desempeña en ningún sitio, el argumentador racional de Alexy es un humano genérico que vive en la teoría de una sociedad perfecta de argumentadores sin tacha. Hércules

23 Más ampliamente, véase García Amado, 2016a.

es un genio imaginado, pero el argumentador racional de Alexy es cualquiera de nosotros al que postulamos colocado en un contexto que asegure la imparcialidad de su razonamiento; cualquiera de nosotros tal como somos, pero sin biografía, sin ideología, sin prejuicios, sin creencias definidas... Cualquiera de nosotros, como seres con biografía, ideología, prejuicios, creencias, debe decidir los casos, en tanto que juez, como si estuviera “allá” y no aquí, como si fuera perfectamente racional e imparcial, en lugar de ser como es. Hay que empezar por intentarlo, luego conviene creérselo y a continuación se decide diciendo que ya está y que así fue²⁴.

Por su parte, las corrientes teóricas de estilo positivista que proclaman la discrecionalidad judicial como elemento ineludible en la decisión²⁵, ya sea en medida mayor o menor según los casos, y que, por tanto, se oponen al formalismo de las teorías de la única decisión correcta en derecho (o casi), ponen por delante lo que los otros niegan: la insoslayable influencia de los elementos subjetivos en la decisión judicial. Lo que para los formalistas es un riesgo que no logran ignorar, pero que tratan de desterrar, para iuspositivistas o antiformalistas es una certeza y, todo lo más, se pueden buscar recursos para que esa inevitable discrecionalidad judicial no degeneren en incontrolable y fatídica arbitrariedad. En esto es donde podemos apreciar una escala de radicalidad, con su polo más optimista en quienes creen que caben instrumentos que en alguna medida controlen el alcance y los efectos de la discrecionalidad judicial, y con su polo opuesto en los más extremos irracionalistas, para los que ningún modo existe de controlar la libérrima voluntad de los jueces y su poder para decidir cada caso como les dicte su preferencia o como determinen

24 Estamos muy cerca de ese modelo de teórico o profesor de derecho que Andrés Jakab denomina modelo del teórico “profeta” y que pretende siempre decir a los jueces cómo deben decidir. Ese modelo de teórico “profeta” considera que él sabe siempre cómo hay que decidir cada caso y que los jueces deben sentenciar en correspondencia con eso que él sabe, siguiéndolo a él. Su sabiduría proviene de un conocimiento profundo de los fundamentos de la vida social y de las supremas verdades morales, traducidas a principios jurídicos, si acaso. “Es un Hércules y, si lo seguimos a él, acabaremos siendo como él”, pura luz, inmaculada sabiduría, portavoz de la verdad y la justicia para cada caso (2011, 765 y ss.).

25 Así, entre tantísimos, (Ferrajoli, 2011, 20).

sus vísceras morales, si así se puede decir. Para estos escépticos completos, la única vía que las sociedades tienen para evitar los desastres derivados del supremo poder de los jueces para decidir como quieran y presentar sus decisiones como resultado de lo más objetivo del derecho y sus más recónditos principios consiste en procurar que esos jueces tengan una buena formación, sean socialmente responsables y cultiven una ética personal bien estricta, que los lleve a ser decentes y, en la medida de lo posible, considerados con los intereses del prójimo y no preocupados tan solo con el cultivo esmerado de los suyos propios²⁶.

Los que no son tan irracionalistas o escépticos pueden llegar a algún acuerdo sobre la utilidad de las reglas argumentativas o del modelo de racionalidad argumentativa como herramienta para un cierto control del uso que de sus márgenes de discrecionalidad el juez haga (García Amado, 2016b). Tres grupos podríamos mencionar aquí sintéticamente. Los “formalistas” de la única decisión correcta y que se inspiran en Alexy y el constructivismo ético piensan que la racionalidad argumentativa, en cuanto racionalidad imaginada en su ejercicio en una comunidad ideal de hablantes, sirve para mostrar el camino hacia la única respuesta jurídicamente válida, que es la única respuesta moralmente correcta, a la postre. Que no quede muy claro cuánto de esa decisión jurídica perfectamente objetiva y racional se consigue mediante tal expediente constructivo-argumentativo y cuánto se alcanza a base de ponderar siguiendo los tres pasos por Alexy marcados (test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), es algo que, repito, no me toca analizar en esta sede; y tampoco puede aquí mi examen ir mucho más allá de señalar que en Alexy hay dos épocas y que la segunda, la de la ponderación, implica un énfasis formalista que no aparecía en sus primeros tiempos, los de su libro *Teoría de la argumentación jurídica*.

26 Sirva como ejemplo de este enfoque lo mucho que sobre la selección de los jueces de entre los juristas más expertos y mejor formados y de entre los más decentes de ellos escribieron los autores de la llamada escuela de derecho libre, con Ernst Fuchs a la cabeza, en Alemania en los comienzos del siglo XX. Véase García Amado, 1997.

Como segundo grupo, habría un positivismo jurídico no radical en su irracionalismo y no necesariamente vinculado al relativismo ético o a posturas antiobjetivistas en metaética. Ese iuspositivismo moderado vería utilidad al modelo de racionalidad argumentativa, no como vía para el hallazgo de la única solución correcta, sino como instrumento para detectar decisiones judiciales deficientemente racionales por falaz o insuficientemente argumentadas. Y en el tercer grupo estarían los que, más próximos a un iuspositivismo empirista de corte realista que a uno normativista, piensan que para nada sirve tampoco la teoría de la argumentación, con su énfasis en ciertos modelos de racionalidad argumentativa, al tiempo de acotar o controlar la total libertad del juez cuando decide como mejor le parece y de justificar su decisión como mejor nos convenza.

Para los primeros, los iusmoralistas como Alexy, la racionalidad argumentativa es instrumento privilegiado de la razón práctica que manda sobre el derecho y la decisión judicial. Para los segundos, los iuspositivistas no completamente escépticos, la racionalidad argumentativa es un útil práctico para detectar posibles decisiones arbitrarias, aunque no sirva para encontrar o fundar la única decisión correcta en cada caso. Para los terceros, la racionalidad argumentativa es una revitalización de la simple retórica, con la que puede cualquiera que decida presentar seductoramente su decisión, si es hábil en el manejo de los recursos argumentativos.

Conclusiones

A mi modo de ver, es indudable que la teoría de la argumentación, tal como la iniciaran precursores como Viehweg, Perelman o Recaséns y tal como se plasma en el “primer” Alexy, ha rendido frutos importantes a la teoría de la decisión judicial, al margen de que se esté de acuerdo o no con la tesis del caso especial de Alexy y con su iusmoralismo. Quiero decir que hay un modelo básico de racionalidad argumentativa que es asumible por cierto iuspositivismo o por cualquier teoría no

iusmoralista del derecho. Son las bases de esa teoría que compartieron autores en algunos sentidos tan diferentes como Aarnio, Peczenick, Wróblewski, MacCormick, Alexy o Atienza, entre muchos otros. Esa que podríamos llamar teoría básica de la argumentación jurídica ha servido para rehabilitar la lógica formal como instrumento útil para el análisis de la racionalidad de las decisiones judiciales, dentro de su dimensión de justificación interna, según la archiconocida distinción introducida por Wróblewski. También ha impulsado el estudio de las condiciones de uso racional de muy distintos argumentos, interpretativos y no interpretativos, frecuentes en la motivación de las sentencias. Y, por mencionar una tercera utilidad difícilmente negable, la teoría “básica” de la argumentación ha incentivado el estudio en la teoría jurídica de las falacias y su uso y su papel en el razonamiento jurídico.

Referencias

- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison, *Ratio Iuris*, 16, 433-449²⁷.
- Alexy, R. (2009). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R. (2015). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/13.pdf>
- Fabra Zamora, J.L. y García Jaramillo, L. (coords.). (2015). *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ibáñez, A. P. (2007). *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: Fontamara.
- Bernuz Benítez, M.J. (2006). *François Gény y el derecho. La lucha contra el método exegetico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bydlinski, F. (1991). *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. New York: Springer.
- Calvo García, M. (1986). Metodología e interpretación: el postulado de la racionalidad del Legislador. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3, 101-132.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- García Amado, J.A. (1997). Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 803-825.
- García Amado, J.A. (2012). Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 3, 13-43.
- García Amado, J.A. (2016a). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 1-22.
- García Amado, J.A. (2016b). ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica? *Teoría & Derecho*, (20), 42 – 63.
- García Salgado, M.J. (2011). *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*. Granada: Comares.

27 Dos traducciones al español: Córdoba, J. (2006). Sobre la ponderación y la subsumción. Una comparación estructural. *Pensamiento Jurídico*, 16, 93-111. Y Vergara Peña, L. (2014). De la ponderación y la subsumción. Una comparación estructural. En E. Montealegre Lynnett, N. Bautista Pizarro, L.F. Vergara Peña (comp.), *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*. 39-62. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- Garzón Cárdenas, R. (2018). La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, nueva época*, (8), 133-160.
- Günther, F. (2013). Jemand der sich schon vor fünfzig Jahren selbst überholt hatte. Die Nicht-Rezeption Hans Kelsens in der bundestdeutschen Staatsrechtslehre der 1950er und 1960er Jahren. En M. Jestaedt. (Ed.). *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Jákab, A. (2011). Seven Role Models of Legal Scholars. *German Law Journal*, 12, 757-784.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general de la norma jurídica*.
- Moreso, J.J. (2009). Alexy y la aritmética de la ponderación. En R. García Manrique (ed.). *Derechos sociales y ponderación*. (223-248). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Pawlowski, H.M. (1981). *Methodenlehre für Juristen*. Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller.
- Rückeert, J.; Seinecke, R. (2017). Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall. En J. Rückert & R. Seinecke. (Eds.). *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*, (39-51). Baden-Baden: Nomos.
- Schlink, B. (2005). ¿Por qué Carl Schmitt? *Precedente. Revista Jurídica*, 47.
- Seinecke, R. (2017). Methode und Zivilrecht beim <<Begriffsjuristen>> Jhering (1818-1892). En J. Rückert y R. Seinecke, (Eds.), *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*. (148-176). Baden-Baden: Nomos.
- Wesel, U. (2004). *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*. Manchen: Karl Blessing.
- Zaccharia, G. (2016). Il diritto come pratica interpretativa: Ronald Dworkin. En: G. Bongiovanni; G. Pino & C. Roversi (eds.). *Che cosa è il Diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*. 413-440. Torino: Giappichelli.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

¿QUIÉN DEBE DEFENDER LA CONSTITUCIÓN? EL DEBATE ENTRE SCHMITT Y KELSEN

MANUEL J. GÓMEZ RESTREPO¹,
SANTIAGO RESTREPO RESTREPO², DANY ESTEBAN
GALLEGO QUICENO³

153

Resumen

Hans Kelsen y Carl Schmitt abordaron el concepto del guardián de la Constitución ambos desde su propio concepto de Constitución, pero en el mismo contexto de la República de Weimar, en un momento de gran inestabilidad política,

1 Politólogo de la Universidad de Antioquia. Abogado y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo: mjgomez@americana.edu.co

2 Psicólogo, Especialista en Psicología de las Organizaciones, estudios de Maestría en Neuropsicología, Doctor (PhD) en Neurociencia Cognitiva Aplicada y Postdoctor en Ciencias. Investigador – Profesor en la Corporación Universitaria Americana y Consultor Organizacional. Correo: srestrepo@americana.edu.co

3 Licenciado en Matemáticas y Física, Máster en Investigación en Ciencias Experimentales y Matemáticas, Magíster en Educación, candidato a Doctor en Ciencias de la Educación, Profesor Universidad de Antioquia, Vicerrector Académico de la Corporación Universitaria Americana. Correo: dgallego@coruniamericana.edu.co

social y económica. En Schmitt, la Constitución es la suprema decisión del pueblo de mantenerse unido, por lo que su defensor solo puede ser alguien con legitimidad democrática y estabilidad política y neutralidad frente a los poderes del Estado, el presidente del Reich. Mientras que, para Kelsen, la Constitución es solo una norma jurídica, por lo que su guardián solo puede ser un Tribunal Constitucional encargado de interpretar y aplicar el texto jurídico. Este trabajo es un acercamiento a la reflexión de ambos encontrando en sus reflexiones argumentos valiosos para repensar los retos y problemas de las constituciones actuales.

Palabras clave: Constitución, Kelsen, Schmitt, guardián, Corte Constitucional, Weimar.

Introducción

Dos de los constitucionalistas más destacados del siglo XX fueron Hans Kelsen y Carl Schmitt. Entre los temas que ambos abordaron en su momento, y en el cual tuvieron visiones encontradas, fue el debate sobre el guardián o el defensor de la Constitución. Guiados a través de preguntas orientadoras como ¿Qué es una Constitución? ¿Necesita la Constitución un defensor? ¿Tiene que estar este establecido en la Constitución? ¿De qué manera tiene que estar este establecido? ¿El guardián debe ser el jefe de estado o debe ser un tribunal? Dieron uno de los debates más importantes del constitucionalismo del siglo XX. En relación con estas preguntas fundamentales, ambos autores reflexionaron profundamente sobre el valor y alcance de la Constitución y sobre su defensor, en la misma época y en el mismo espacio geográfico, y en respuesta a los escritos del otro. Lo hicieron desde posturas opuestas, desde visiones diferentes del mundo, lo cual les permitió la construcción de un debate intenso alrededor de esta cuestión.

Muchos de los problemas y de los retos del constitucionalismo actual, especialmente los relacionados con el rol que debe de cumplir el guardián de la Constitución, se encuentran ya planteados en las reflexiones de ambos autores, por lo que la aproximación a sus obras es necesaria, pues en ellas se pueden encontrar pistas y respuestas que nos pueden servir para resolver estos problemas en las constituciones actuales. Repensar la Constitución y su defensor a partir de las arduas reflexiones de ambos autores no es volver anquilosadamente a reflexiones que se consideran superadas por ser del siglo anterior, por el contrario, el valor de repensarlos reside en que nos permiten aproximarnos a la comprensión de los retos de constitucionalismo actual.

El presente texto se dividirá en los siguientes apartados: en primer lugar analizaremos las ideas de Schmitt sobre que es una Constitución y cuál debería ser su guardián, luego estudiaremos la respuesta de Kelsen a las ideas de Schmitt, y cuál es su propuesta y por último se hará una pequeña conclusión sobre la discusión.

Schmitt, Constitución como decisión política

Antes de estudiar el concepto del guardián de la Constitución de Carl Schmitt se debe entender cuál es el concepto de Constitución que tiene este autor. Para él hay que distinguir entre Constitución (en mayúsculas) y el documento o texto escrito. El principal atributo de una Constitución es la decisión del pueblo de mantenerse unido, ya que el Estado es el resultado de la suprema decisión política del pueblo, que es la decisión de vivir juntos. En palabras del mismo Schmitt en su *Teoría de la Constitución*:

Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Toda ley, como regulación normativa, y también la Ley constitucional, necesita para su validez

un último término, *una decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su ‘razón de existencia’ no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como *magnitud política* es jurídicamente considerado digno de existir. (Schmitt, 1996) (las cursivas son del original)

O de una manera más decisiva unas páginas más adelante para distinguir entre Constitución y norma:

La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica. (Schmitt, 1996).

156 | A grandes rasgos, para el jurista alemán, la Constitución tiene una esencia que no existe en la norma como tal, y esta esencia es la decisión política de formar una unidad política por parte de los ciudadanos. Esta concepción se encuentra en una discordancia total con Hans Kelsen, quien para la época señalaba que el derecho solamente es la norma jurídica, y que, por lo tanto, la Constitución solo es una norma jurídica, parte fundacional e integrante del ordenamiento jurídico.

Debido a esta concepción de la Constitución, para Schmitt solo puede existir un verdadero protector de esta, el que garantice realmente el funcionamiento constitucional y mantenga la unidad política del Estado. Este podría ser el único protector constitucional. Su apuesta, como se estudiará más adelante, es por un poder neutro a los demás poderes constitucionales, que se encuentre en concordancia con estos, pero que pueda actuar en todo momento, y mantener la unidad del Estado. Ya que otros órganos o poderes, por mucho que interpreten o modifiquen el texto escrito, si no pueden mantener la unidad política del pueblo -la verdadera Constitución-, no lograrían ser sus reales guardianes.

Esta es la razón principal por la que el autor alemán considera que “los tribunales sentenciadores de la jurisdicción civil, procesal o contencioso-administrativa no son, en sentido estricto, protectores de la Constitución” (Schmitt, 1996, 43). A pesar de que reconoce que mucha gente se confunde y los señala como protectores de la Constitución ya que ejercen “el denominado derecho material de control judicial que consiste en comprobar si las leyes simples están de acuerdo, en su contenido, con los preceptos institucionales, llegando en caso de colisión a negar vigencia a las leyes que no cumplan ese requisito” (Schmitt, 1996, 43), este simple control material, no puede ser una protección constitucional para Schmitt porque la simple comprobación de leyes no puede ser una salvaguardia del funcionamiento constitucional.

¿Porque para Schmitt, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia sí puede ser un verdadero guardián o protector de la Constitución? Por dos razones principales: primero EE. UU. es un Estado judicialista, donde se “somete la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios” (Schmitt, 1996, 46) y segundo la Corte Suprema “aparece frente al Estado como protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza” (Schmitt, 1996, 46).

Analicemos más a fondo la primera razón. Para el autor alemán “todos los Estados pueden dividirse según la zona de actividad política en la cual encuentran el centro de su actividad. Así, existen Estados judicialistas o, mejor dicho, de jurisdicción; junto a ellos, Estados que son esencialmente gubernamentales y ejecutivos, y por último, Estados legislativos” (Schmitt, 1996, 131). Schmitt hace una diferencia entre un Estado judicialista como EE. UU. y un Estado legislativo, como sería la Alemania de la República de Weimar. En el primero la zona de actividad política se encuentra en sus cortes judiciales y en el segundo en la esfera parlamentaria.

En los Estados legislativos el control que ejercen las cortes “es sólo «accesorio», y únicamente constituye, como manifiesta H. Triepel, una «competencia ocasional», sólo se ejercita de modo eventual, incidental, es una sentencia judicial, conforme

a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma «difusa» (Schmitt, 1996, 52). Este control accesorio y eventual, separado además de la zona de actividad política no podría ser entonces un verdadero control político de la Constitución y por lo tanto un tribunal alemán no puede ser un verdadero defensor de la Constitución. La segunda razón tiene que ver que con la labor que estaba dispuesta a llevar la Suprema Corte de los Estados Unidos y no los tribunales del Reich, y es que estos primeros se entienden como los guardianes de la “ordenación social y económica” de EE. UU. y juzga y defiende por los principios generales de la Constitución. Algo que no hacían los tribunales alemanes, ya que “el Tribunal Supremo no quiere comprobar la posible concordancia existente entre las simples leyes del Reich y los principios generales de la Constitución (a diferencia de la concordancia que existe entre aquéllas y los preceptos legales concretos, subsumibles, contenidos en la Constitución)” (Schmitt, 1996, 51). Y tampoco busca reclamar “la comprobación general de una ley (o sea que prescinda de los hechos que puedan subsumirse bajo los preceptos de la Constitución) en cuanto a su concordancia con el espíritu de la Constitución” (Schmitt, 1996, 51).

Como el jurista alemán explica, esta es la diferencia con el poder judicial norteamericano, que sí puede defender efectivamente la Constitución y la decisión política de unión del pueblo norteamericano, ya que defienden los principios generales de la Constitución:

La diferencia que lo separa del derecho de control ejercido por el poder judicial norteamericano estriba esencialmente en la circunstancia de que este último defiende los principios generales y, por tanto, erige al Tribunal en protector y defensor del orden social y económico existente. (...) Respecto al control judicial alemán puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación. La justicia entera se halla sujeta a normas, y a su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido. (Schmitt, 1996, 52).

Ya que en un Estado legalista un tribunal no puede ser un verdadero guardián de la Constitución. ¿Quién podría ser este guardián? La propuesta de Schmitt es no confiar esta misión a uno de los poderes ya existentes, porque considera que en este caso podría tener un “predominio sobre los demás y sustraerse a sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución” (Schmitt, 1996, 213). Por esto que sugiere que se encuentre a “un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo, equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales” (Schmitt, 1996, 213). Esta respuesta, la del poder neutral, la rescata del teórico político Benjamin Constant. La teoría del poder neutro o *pouvoir neutre* como la cita directamente. Esta teoría sostiene que al jefe de Estado, sea rey o presidente se le atribuyen unas competencias especiales, para que sean “moderadores” o equilibradores del sistema, esto es lo ideal, ya que el jefe de Estado se encuentra en concordancia con los demás poderes, y por lo tanto no podría sobrepasar a los demás, y de esta manera se podrían zanjar los problemas de inestabilidad política y se defendería la Constitución.

En palabras de Schmitt, dentro del sistema de la república de Weimar, el Presidente del Reich es el que naturalmente debe ser el poder neutral, ya que se encuentra en el centro del todo el sistema legal y político. Por un lado, es elegido directamente por voto popular, por lo que tiene fundamento plebiscitario, y además tiene independencia y neutralidad con respecto a los partidos políticos y a las cambiantes mayorías de estos. Además, tiene una estabilidad mayor con respecto al sistema (tenía un mandato por 7 años y existía dificultad para su revocación). Adicionalmente, para Schmitt sus atribuciones crean una institución neutral garante y protectora del sistema constitucional y del funcionamiento del Reich. Para terminar, es importante leer en la propia voz de Schmitt, en esta extensa cita, qué es una Constitución y por qué el jefe de Estado es el natural defensor de la Constitución:

Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar.

El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una «apelación al pueblo». Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político. (...) Más es lo cierto que la Constitución de Weimar emprende su desarrollo interno muy conscientemente y con elementos específicamente democráticos. Presupone la nación alemana entera como una unidad apta para la acción de un modo directo y no por intermedio de las organizaciones o grupos sociales, una unidad que puede expresar su voluntad y orientarse e imponerse en los momentos decisivos, aun sobre las disensiones pluralistas. La Constitución procura especialmente dar a la autoridad del Presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder, en consecuencia, como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación. Sobre el éxito de este intento se ha de fundamental la existencia y la permanencia prolongada del actual Estado alemán. (Schmitt, 1996, 250).

Kelsen, La Constitución como norma jurídica

Las concepciones científicas y filosóficas de Kelsen lo llevan a una búsqueda de la unidad en el derecho, con el fin de “estructurar un mundo jurídico coherente que se dé al conocimiento de un todo armónico y unitario” (Gaviria, 1981, 366). Esto es por su metodología, que está de gran manera influenciada por las ideas neokantianas. En esta metodología es el sujeto de conocimiento el que crea su propio objeto, lo cual supone entender que un mismo objeto científico no puede

ser estudiado por dos métodos distintos, ya que las tesis neokantianas postulan que el sujeto, al combinar su sensibilidad y entendimiento, piensa el objeto, lo concibe, le da sus cualidades y lo crea, por tanto, este objeto solo puede ser estudiado desde un único método, estudiarlo desde dos métodos diferentes, llevaría a la conclusión de que se está en presencia de dos objetos diferentes y conduciría a incoherencias y contradicciones en la investigación.

Esto lo impulsa a acabar con los dualismos que se dan entre derecho natural-derecho positivo, derecho subjetivo-derecho objetivo, derecho público-derecho privado, y principalmente entre Estado-derecho, ya que considera que estos solo obedecen a resabios ideológicos. Una breve explicación de este último dualismo: para Kelsen, Estado y derecho son la misma cosa, el derecho es la organización de la fuerza, y el Estado es el ordenamiento jurídico. Como lo dice el mismo jurista austriaco:

Basta reconocer que el Estado en la medida en que es objeto de la ciencia jurídica ... solo puede ser el derecho. En efecto, el objeto del conocimiento jurídico es solo el derecho, y no es otra cosa que el derecho, y aprehender jurídicamente el Estado -lo cual es el sentido de la teoría del derecho estatal- no puede significar sino aprehender el Estado como derecho. (Kelsen, 1989).

Ahora bien, para Kelsen, al ser el Estado no más que norma jurídica, no tiene una existencia por fuera de ellas. Y es fundado precisamente por una norma: la Constitución, y así lo entiende Kelsen cuando dice que el núcleo duro de la idea de Constitución siempre está en “la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse” (Kelsen, 2001, 20). Por lo que la “Constitución es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma

como estos órganos habían de proceder; es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del orden estatal” (Kelsen, 2001, 20).

Es decir, por un lado, no hay ninguna existencia sustancial o material por fuera del ordenamiento jurídico, segundo, la Constitución es la norma fundante del ordenamiento jurídico y “es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas” (Kelsen, 2001, 20). Es decir, todas las demás normas se encuentran en un nivel jerárquico inferior con respecto a la Constitución y devienen su validez de ella.

Esto es fundamental y es la base de la teoría de la garantía Constitucional del austriaco. Y se encuentra ya en su Teoría General del Estado, publicada en 1925. El ordenamiento jurídico se debe entender organizado por grados, o escalas, siendo el primordial la Constitución y donde cada grado, crea o genera la validez del grado inferior. Como explica Córdova Vianello:

La esencia de la teoría kelseniana de la garantía constitucional tiene que ser buscada en la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema jerárquico de normas (*Stufenbau*) que, al estar supraordenadas la una a la otra, regulan su propia creación instituyendo poderes jurídicos (*Rechtsmächte*) autorizados para crear normas. Con base en este sistema, la norma superior se presenta como la fuente de origen y de validez de todas las normas inferiores. En el vértice de esta “escalinata de normas” encontramos a la Constitución (es decir, la norma fundamental entendida en su sentido “jurídico-positivo”), que se presenta como la primera norma positiva del ordenamiento jurídico y, por ese mismo hecho, como la fuente de validez directa o indirecta de todas las normas que le son inferiores. La Constitución establece los procedimientos de creación normativa, pero puede también determinar los contenidos fundamentales a los cuales las normas inferiores deberán ajustarse (Córdova, 2007).

Para Carlos Miguel Herrera, las críticas de Kelsen se desarrollan en tres niveles diferentes de análisis, primero el austriaco defiende la protección jurisdiccional de la Constitución, como ya la había planteado en trabajos anteriores (principalmente en la Teoría General del Estado de 1925). Un segundo plano son las denuncias de Kelsen frente a las tesis de Schmitt con respecto a un poder neutro y a la función apolítica de los tribunales, no son novedosas y más bien son de carácter tradicional. Y por último un tercer plano, que es una crítica común en Kelsen a sus contradictores y es que los conceptos de Schmitt solo responden a justificaciones ideológicas y por lo tanto cae en confusiones teóricas e ideológicas. Donde confunde a teoría jurídica con política del derecho y en menor medida a ciencia y política (Herrera, 1994).

Con respecto al segundo y tercer plano, Kelsen controvierte a Schmitt diciendo que la teoría del poder neutro, en la cual el jefe de Estado, presidente o monarca es el guardián de la Constitución, la ha “desempolvado” de las teorías de uno de los principales ideólogos de la monarquía constitucional, Benjamin Constant que solo buscaba un fin político bajo la categoría de conocimiento científico el cual era “compensar la pérdida de poder que el Jefe de Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional” (Kelsen, 2009b). Esta confusión de derecho con ideología ya la había denunciado anteriormente Kelsen cuando decía:

El Derecho político no se ha mostrado jamás inmune a la influencia de los deseos políticos en la solución «científica» de sus problemas. Al contrario, ha considerado misión suya adaptar su «Teoría» a tales deseos, y ha velado pudorosamente este *sacrificium intellectus*, insistiendo en que no quiere nada con «especulaciones abstractas y ajenas a las realidades del mundo», sino que aspira a servir para la «vida real», a explicar la «vida». (Kelsen, 1972, 152).

Es decir que la teoría del poder neutro lo único que busca, es ayudar al Gobierno y hacer creer que este es una tercera instancia objetiva, que puede controlar tanto al ejecutivo como al legislativo. Una “ficción de notable audacia”. En palabras de Kelsen:

Por lo tanto, para hacer posible la idea de que el Gobierno, y solo él, es el único defensor de la Constitución, debe ocultar el carácter de su función. Para esto se sirve de la conocida teoría de que el monarca es la tercera instancia objetiva -en forma exclusiva o no-, poseedor de un *poder neutral* (conscientemente establecido por la Constitución), más allá de la *oposición de los dos factores de poder*. Pues solo bajo esta condición parece justificada la idea de que, a él, y solo a él, pertenece controlar que el ejercicio del poder no sobrepase los límites de la Constitución (Kelsen, 2009b, 294-295).

164 | Frente al argumento schmittiano de que los tribunales en un Estado legislativo no pueden encargarse de tareas políticas y que solo deben encargarse de subsumir la norma judicial, y por lo tanto no pueden ser guardianes constitucionales, responderá Kelsen que esa es la visión del constitucionalismo monárquico que considera al juez un “autómata jurídico” que “no crea derecho sino que lo encuentra”. Kelsen entiende que el juez toma decisiones cuando emite sentencias, decisiones en el sentido schmittiano de decisiones políticas, y estas decisiones se plasman en normas jurídicas, normas que se conocen como sentencias, que tienen una autorización de validez por una norma de mayor jerarquía, que generalmente es una ley. Pero estas normas jurídicas, estas sentencias solo tienen una diferencia cuantitativa con respecto a las leyes. Para Herrera: “de acuerdo con la teoría kelseniana, la diferencia entre ley y sentencia es sólo cuantitativa, ya que esta última es también un acto de producción de derecho” (1994, 21). Pero también la diferencia entre el carácter político de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es, de acuerdo a la teoría kelseniana, de tipo “cuantitativo”: todo conflicto jurídico es un “conflicto de intereses o de poder”, no existe una “naturaleza” política opuesta o incompatible con lo judicial, sino solo la voluntad de las partes de no resolverlos ante a una instancia “objetiva”.

Se podría entender que Kelsen busca principalmente es que nadie sea “Juez de su propia causa” esta es la razón principal para proponer un Tribunal independiente “por medio del cual sea controlada la constitucionalidad de ciertos actos del Estado

subordinados inmediatamente a la Constitución, en especial los actos del Parlamento o del Gobierno, de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano que cuyos actos deben ser controlados. La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder.” (Kelsen, 2009b, 293).

Conclusiones

La visión que tienen ambos autores sobre el guardián de la Constitución depende de lo que entiende cada uno por Constitución. Para Schmitt, Constitución es la decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política de un pueblo. Por lo tanto, se puede y se debe separar Constitución de Constitución norma o texto. Así pues, el único guardián posible en el Estado alemán, es un poder neutro, *pouvoir neutre*, encarnado en el jefe de Estado que puede garantizar la unidad y mantener las instituciones supremas del Estado.

Por otro lado, Kelsen entiende que el derecho es norma y no existe nada en el derecho que sea extrajurídico. Entonces, la Constitución es una norma que funda el ordenamiento jurídico y genera las condiciones de validez. El guardián de la Constitución debe ser un tribunal que se encargue de comprobar la validez de las normas inferiores (leyes, decretos, actos administrativos, etc.) con respecto a la Constitución.

¿Qué nos deja este debate en el constitucionalismo actual? ¿Se puede decir que hay un vencedor? Por un lado, y lo hace la mayor parte de los profesores de derecho, establecen que el vencedor es Kelsen. Ya que el austriaco es el inventor de los tribunales constitucionales, idea que, después de la Segunda Guerra Mundial, ha tomada mucha fuerza, ya que la mayoría de las constituciones actuales contemplan este tipo de tribunales.

Por otro lado, en la mayoría de las constituciones actuales han hecho oído sordo al peligro advertido por Kelsen de incluir valores indeterminados en la Constitución y, al revés, se han llenado estas constituciones de estos valores o principios indeterminados. Teniendo muchas de estas unos contenidos extrajurídicos, muy schmittianos, que incluso muchos autores de las doctrinas dominantes constitucionales, entienden por encima de la norma jurídica.

Al incluir tantos contenidos ignoramos la advertencia de Kelsen cuando dice que al incorporar estos valores o principios indeterminados:

En el dominio del derecho constitucional, en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a conformarse a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera. Sin embargo, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales, se borrará fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un tribunal constitucional, llamado a decir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del tribunal sería tal que devendría insostenible. (Kelsen, 2001).

Referencias

- Córdova Vianello, L. (2007). La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. *Revista Latinoamericana de Derecho*, VI (7-8), 271–292.
- Herrera, C. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, (86), 195-227.
- García Amado, J. A. (2011). ¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen? En M. Montoya Brand y N. Montoya Restrepo. (Eds.). *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. (19–94). Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Gaviria Díaz, C. (1981). Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen. *Estudios de Derecho*, XL (99), 363–386.
- Kelsen, H. (1972). *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1989). Dios y Estado. En O. Correas. (Ed.). *El Otro Kelsen*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. (La justicia constitucional). México: UNAM.
- Kelsen, H. (2009a). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- Kelsen, H. (2009b). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.

TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS: NUEVAS TENDENCIAS PROCESALES

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA¹

169

Resumen

En el presente trabajo se analizan las nuevas tendencias procesales seguidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos de tutela colectiva de derechos humanos. En este sentido, es posible que exista un fallo estructural o sistémico en el ordenamiento jurídico o prácticas judiciales o administrativas de un país. Con ocasión del conocimiento de una demanda motivada por dichas razones, el tribunal puede dictar una sentencia piloto, mecanismo procesal para la tutela colectiva. En el trabajo se analizan y sistematizan los presupuestos y efectos de este tipo de sentencias, prestando especial atención al análisis de casos prácticos.

Palabras clave: tutela colectiva, derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia piloto.

¹ Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia. Profesor titular de la misma Universidad.

Introducción

El Comité de Ministros del Consejo de Europa Palomar (1995), en su sesión de 12 de mayo de 2004, adoptó una resolución en virtud de la cual invitaba al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH²) cuando conociera de las demandas de amparo, a identificar, cuando fuera posible, el problema estructural subyacente (Ripol Carulla, 2007, 20)³. Esta invitación se efectuó, sobre todo, cuando se tratara de problemas que pudieran dar origen a numerosas demandas, y con el objetivo de ayudar a los Estados parte a buscar una solución adecuada a dicho problema, y su vez, facilitar la labor de control del cumplimiento, por parte del Comité de Ministros (Casadevall, 2012115). Un mes después, se dictó la primera sentencia piloto.

2 Sobre la competencia de este Tribunal, Fernández Sola, *Dos modelos de Justicia internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional*, Hacia una Justicia Internacional, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 junio 1999, Civitas 2000; Richard González, *El acceso del individuo a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos*, Hacia una Justicia Internacional, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 junio 1999, 2000; Martín-Retortillo Baquer, *El sistema de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas (Cano Campos, Tomás, coord.). Iustel, 2009; Morenilla Allard, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (con Gimeno Sendra; Torres del Moral; Díaz Martínez,), Colex, Madrid, 2007; Cucarella Galiana et al., *Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo* (Martínez Lazcano et al. (coord.). Primera Instancia, México, 2014, pp. 66-68; Ídem, Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “*Derecho Procesal Constitucional*” (Velandia Canosa, Dir.), et. al. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015; Bouaza Ariño, “Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una Organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 37, 2014.

3 Este Tribunal conoce de las demandas por violación del Convenio de Roma para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales. Sobre los derechos reconocidos en el Convenio, Linde, Ortega, Sánchez Morón. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (García de Enterría, E. (coordinador). Civitas, Madrid, 1979, 65-108; Angoitia Gorostiaga, Lasagabaster Herrarte. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I. director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.

En concreto, el artículo 61 Reglamento del TEDH (a partir de ahora RTEDH) es el que regula el procedimiento de la sentencia piloto. Pues bien, lo que pretendemos realizar a continuación son los aspectos relativos a los presupuestos para la emisión de este tipo de sentencias, así como al contenido de las mismas. Para ello, vamos a prestar especial atención a la jurisprudencia que se ha ido generando sobre asuntos resueltos por medio de sentencia piloto. De esta manera, sobre la base de esa estructura, queremos fijar una teoría general de esta modalidad de sentencia para la tutela colectiva. Así, estaremos en condiciones de dar el salto al análisis de las sentencias piloto dictadas en supuestos de discriminaciones masivas.

Presupuestos

Los presupuestos que son necesarios para que pueda seguirse el procedimiento que conduzca a la emisión de una sentencia piloto, se desprenden del contenido del artículo 61 RTEDH, y son los siguientes:

171

Existencia de un problema estructural, sistémico u otra disfunción similar en el Estado demandado

Planteamiento teórico

Este primer requisito aparece expresado con total claridad en el apartado 1 al que nos hemos referido (Abrisketa, 2013, 81-83). Dicho problema puede afectar a su ordenamiento jurídico o práctica judicial o administrativa, por ejemplo. Lo relevante es que esas actuaciones u omisiones generan una violación de alguno de los derechos incluidos en el CEDH o en sus protocolos adicionales. El TEDH ha entendido que

las sentencias piloto se pueden dictar cuando se trata de supuestos de violaciones repetitivas y a gran escala provocadas por “carencias o disfunciones estructurales y sistemáticas en el orden jurisdiccional de ciertos Estados” (Casadevall, 2012, 116).

Con carácter general, sobre esta exigencia de que para que pueda dictarse sentencia piloto debe existir un problema estructural subyacente, creemos que son muy interesantes las palabras de la Sentencia del TEDH (a partir de ahora STEDH, 2013)⁴, en cuyo párrafo 84 afirma:

Para facilitar la aplicación efectiva de sus sentencias siguiendo el principio mencionado, el Tribunal puede adoptar un procedimiento de sentencia piloto que le permite destacar claramente, en su sentencia, la existencia de problemas estructurales en el origen de las violaciones e indicar las medidas o acciones específicas que el Estado demandado debe tomar para remediarlas (Hutten-Czapska contra Polonia GS [JUR 2005, 62008], núm. 35014/97, apds. 231-239 y su dispositivo, TEDH 2006 VIII y Broniowski contra Polonia GS [JUR 2005, 219198], núm. 31443/96, apds. 189-194 y su dispositivo, TEDH 2004 V). Al adoptar este enfoque, sin embargo debe tener en cuenta las respectivas competencias de los órganos del Convenio: artículo 46.2 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572): en virtud del artículo 46.2 del Convenio, corresponde al Comité de Ministros valorar la aplicación de medidas individuales o generales tomadas al ejecutar una decisión del Tribunal (véase, mutatis mutandis, Broniowski contra Polonia [arreglo amistoso] [GS], núm. 31443/96, ap. 42, TEDH 2005-IX).

Análisis jurisprudencial

Si nos acercamos a las diferentes sentencias piloto que se han dictado, podemos señalar que son numerosos los fallos estructurales o sistémicos detectados, de entre los cuales destacamos los siguientes:

4 Base datos Aranzadi Wetslaw (a partir de ahora BDAW) TEDH\2013\4.

- Falta de un mecanismo legal para poder pedir y recibir una compensación económica por pérdida de propiedades tras un conflicto bélico (STEDH de 22 de junio de 2004, *caso Bronionowski contra Polonia*). (Morte, 2011, 76-80).
- Existencia de rígidas restricciones a la hora de establecer el canon arrendaticio en la regulación del alquiler de viviendas (STEDH (Sección 4ª), 22 de febrero de 2005, *caso Hutten-Czapaska contra Polonia*). (Morte, 2011, 235-236).
- Pérdidas masivas de propiedades fruto de la invasión de una parte de un Estado, por otro (STEDH (Sección 3ª), de 22 de diciembre de 2005, *caso Xenides-Arestis contra Turquía*). BDAW TEDH (2005, 138).
- Incumplimientos o retrasos excesivos en el cumplimiento de las sentencias de condena impuestas contra la Administración pública y ausencia de recursos efectivos para denunciar estas situaciones (STEDH (Sección 1ª), de 15 de enero de 2009, *caso Burdov (nº 2) contra Rusia*; STEDH (Sección 5ª), 15 de octubre de 2009, *caso Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania*). BDAW JUR (2009, 12444).
- Incumplimiento sistemático de sentencias en las que se impone a administraciones locales, la obligación de entregar viviendas sociales (STEDH (Sección 4ª), de 28 de julio de 2009, *caso Olaru y otros contra Moldavia*). BDAW JUR (2009, 338774).
- Congelación de depósitos realizados en moneda extranjera, sin apenas posibilidades de recuperación (STEDH (Sección 4ª), de 3 de noviembre de 2009, *caso Suljagic contra Bosnia Herzegovina*). BDAW JUR (2009, 441614).
- Excesiva duración de los procedimientos judiciales (STEDH (Sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *caso Rumpf contra Alemania*). BDAW JUR (2010, 301141).

- Excesivas demoras o incumplimientos en el sistema de compensación y devolución de bienes nacionalizados o confiscados por el Estado durante la dictadura militar comunista (STEDH (Sección 3ª), 12 de octubre de 2010, *caso Maria Atanasiu y otros contra Rumanía*). BDAW JUR (2010, 342510).
- Privación automática de derechos políticos por ingreso en prisión (STEDH (Sección 4ª), de 23 de noviembre de 2010, *caso Greens y M.T. contra Reino Unido*). BDAW JUR (2010, 382394).
- Excesiva duración de los procedimientos administrativos e inexistencia de un recurso efectivo (STEDH (Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2010, *caso Vassilios Athanasion y otros contra Grecia*. BDAW JUR (2010, 409972); STEDH (Sección 2ª), 20 de marzo de 2012, (*caso Ümmühan Kaplan contra Turquía*). BDAW JUR (2012, 104171).
- Excesiva duración de los procesos penales e inexistencia de un recurso interno que permita hacer valer el derecho a ser oído en un plazo razonable (STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Dimitrov y Hamanov contra Bulgaria*. BDAW JUR (2011, 153300); STEDH (Sección 1ª), de 3 de abril de 2012, *caso Michelioudakis contra Grecia*). BDAW JUR (2012,122594).
- Excesiva duración de los procedimientos judiciales civiles (STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Finger contra Bulgaria*). BDAW JUR (2011, 153301).
- Superpoblación carcelaria con graves de problemas de espacio, funcionamiento inadecuado de servicios de agua caliente, ventilación e iluminación, con inexistencia de un sistema efectivo de recurso para su denuncia (STEDH (Sección 2ª), de 8 de enero de 2013, *caso Torreggiani y otros contra Italia*). BDAW TEDH (2013, 4).
- Desaparición de bebés en centros hospitalarios tras el nacimiento de los mismos, sin existir regulación adecuada para la investigación y reparación

a los padres (STEDH (Sección 2^a), de 26 de marzo de 2013, *caso Zorica Jovanovic contra Serbia*). BDAW TEDH (2013, 34).

Como puede apreciarse, los fallos estructurales o sistémicos apreciados por el TEDH son de muy diversa índole. Curiosamente, las primeras sentencias piloto que se dictaron fueron para la protección o tutela del derecho de propiedad STEDH (2004). Ya avanzamos al lector que los casos de discriminaciones masivas resueltos con sentencia piloto, no son muy abundantes.

Que dicho problema afecte (o pueda afectar) a un colectivo (determinado o no) de personas. Parámetros para determinar violaciones masivas

Es necesario que exista o pueda existir una violación masiva de derechos humanos, con independencia de que se pueda identificar o no a los afectados. Si nos acercamos a la jurisprudencia del TEDH, creemos que son tres los parámetros que pueden tomarse como referencia para poder detectar la existencia de una violación masiva.

Existencia de un gran número de víctimas

Tras el análisis de las sentencias piloto dictadas, podemos indicar que, en la mayoría de las ocasiones, se indica el número de personas que pudieran estar afectadas por la infracción que se denuncia. En este sentido, podemos encontrar sentencias piloto en las que el TEDH se ha pronunciado sobre un problema estructural que afecta a:

- 10 000 personas (STEDH (Sección 4^a), de 28 de julio de 2009, *caso Olaru y otros contra Moldavia*). BDAW JUR (2009, 338774).
- 66 585 personas (STEDH (Sección 2^a), de 8 de enero de 2013, *caso Torreggiani y otros contra Italia*). BDAW TEDH (2013, 4).
- 70 000 personas (STEDH (Sección 4^a), de 23 de noviembre de 2010, *caso Greens y M.Y. contra Reino Unido*⁵) BDAW JUR (2010, 382394).
- 80 000 personas (STEDH de 22 de junio de 2004, *caso Broniowski contra Polonia*⁶). BDAW JUR (2004, 178964) y Morte (2011, 76-80).
- 100.000 personas (STEDH (Sección 4^a), 22 de febrero de 2005, *caso Hutten-Czapka contra Polonia*⁷). BDAW JUR (2005, p. 62008) y Morte (2011, 235-236)

5 El TEDH se pronuncia sobre la privación en el Reino Unido del derecho de sufragio a los condenados a pena de prisión. Sobre este aspecto, que se consideró contrario al CEDH, ya se pronunció en sentencia dictada en 2005. Si bien dicha sentencia no fue piloto, impuso al Estado demandado unas medidas específicas para acomodar su legislación electoral a las exigencias del CEDH. Ante esta situación, el TEDH señala que, en Gran Bretaña, la población carcelaria en ese momento rondaba las 70 000 personas, todas ellas, potenciales demandantes ante el TEDH, en la medida en que tienen privado su derecho de sufragio. Como demandas reales, se indica que, en el momento de dictarse la sentencia, existían un total de 1.500 registradas.

6 Esta fue la primera sentencia piloto dictada por el TEDH. En concreto, en esta sentencia se analiza la situación en la que se encontraban los propietarios de bienes inmuebles situados a un lado del río Boug, que debieron abandonar sus propiedades en 1944, tras el fin de la II guerra mundial. Esos perjudicados no habían recibido las compensaciones económicas que el Estado se comprometió a darles. En concreto, tras las conferencias celebradas al fin de la II Guerra Mundial, Polonia perdió una parte de su territorio, en beneficio de la Unión Soviética (actuales territorios de Ucrania, Bielorrusia y Lituania). Un gran número de personas perdieron sus propiedades en dichos territorios y fueron “repatriadas” en función de los acuerdos que se habían alcanzado (párrafos 11 y 12). Esta sentencia recae como consecuencia de la demanda interpuesta por un ciudadano polaco que no había recibido una compensación económica por la propiedad que perdió en su día. Pues bien, la sentencia que nos referimos va más allá del caso individual. En concreto, tiene presente que la situación en la que se encuentra el demandante, es la misma en la que podrían estar cerca de 80 000 personas. Todas ellas no habían presentado aún demanda ante el TEDH. Sin embargo, ya había un gran número de asuntos pendientes ante dicho Tribunal por dicho motivo.

7 La deficiencia estructural que se detectó, afectaba a la regulación legal en el alquiler de viviendas, que podrían estar afectando a 100 000 personas. En concreto, dicha disfunción implicaba que cuando el propietario de un bien lo ponía en alquiler, lo cobrado en concepto de renta arrendaticia, era insuficiente para cubrir “el mantenimiento de los inmuebles” y el pago de “los impuestos exigidos en concepto de propiedad”. En este sentido, en el párrafo 191 se afirma que “the Court considers that the principles established in the Broniowski case apply equally to the present case, the more so as the operation of the rent-control scheme may potentially affect even a larger number of individuals -some 100,000 landlords

No obstante, hay algún supuesto en que el número de personas afectadas se deja indeterminado, haciendo referencia a que hay “cientos de padres en situaciones similares a la de la demandante” (STEDH (Sección 2ª), de 26 de marzo de 2013, *caso Zorica Jovanovic contra Serbia*⁸). BDAW TEDH (2013, 34, párrafo 26).

and from 600,000 to 900,000 tenants- (see paragraphs 24 and 141 above). As in the former case, the facts of this case reveal the existence of an underlying systemic problem, which is connected with a serious shortcoming in the domestic legal order. That shortcoming consists in the malfunctioning of Polish housing legislation in that it imposed, and continues to impose, on individual landlords, restrictions on increases in rent for their dwellings, making it impossible for them to receive rent reasonably commensurate with the general costs of property maintenance”. Es decir, el sistema normativo polaco imponía una serie de restricciones a los derechos de los arrendadores, fijando un límite máximo de cobro de renta, que al ser tan bajo, no permitía cubrir los costes de mantenimiento e impuestos y, por lo tanto, no era posible sacar rendimiento económico de los inmuebles de los que eran propietarios. En el párrafo 191 se afirma que “the Court considers that the principles established in the Broniowski case apply equally to the present case, the more so as the operation of the rent-control scheme may potentially affect even a larger number of individuals -some 100,000 landlords and from 600,000 to 900,000 tenants- (see paragraphs 24 and 141 above). As in the former case, the facts of this case reveal the existence of an underlying systemic problem, which is connected with a serious shortcoming in the domestic legal order. That shortcoming consists in the malfunctioning of Polish housing legislation in that it imposed, and continues to impose, on individual landlords, restrictions on increases in rent for their dwellings, making it impossible for them to receive rent reasonably commensurate with the general costs of property maintenance”.

8 Al respecto, debe tenerse presente que la demanda ante el TEDH la presentó una madre a la que, tras nacer su hijo en centro hospitalario, se le indicó que había fallecido. Los responsables del centro no le facilitaron el acceso al bebé fallecido, ni tampoco le entregaron certificado de defunción. Los padres intentaron por diversos medios, entre otros penales, que se investigara lo que ellos consideraban la desaparición de su hijo. El TEDH detecta que, durante los años 70, 80 y 90 del siglo pasado, se produjeron muchas situaciones parecidas de desaparición de niños recién nacidos, en centros hospitalarios. Y ello le lleva a considerar que, ante la existencia de cientos de afectados, el procedimiento de esta demanda individual, siga los trámites de emisión de sentencia piloto. El Estado demandado se defiende, entre otros motivos, alegando que los hechos se produjeron antes de que el CEDH entrara en vigor en dicho Estado (párrafo 44). Sin embargo, el TEDH sostiene que en la medida en que se trata de la desaparición de una persona, esa situación se mantuvo hasta después de la entrada en vigor para Serbia del Convenio, por lo que sí puede conocer de esa demanda. En concreto, en el párrafo 47 se afirma que “por añadidura, cabe recordar que las desapariciones son fenómenos extremadamente particulares, caracterizadas por una situación continua de incertidumbre e impunidad, en la cual falta información o incluso se oculta deliberadamente o se provoca confusión con respecto a lo ocurrido. Esta situación a menudo se alarga con el transcurso del tiempo, prolongando el sufrimiento de los padres o familiares de la víctima. Por lo tanto, no puede decirse que una desaparición es simplemente un acto o acontecimiento “instantáneo” pues existe una dimensión distintiva adicional, a saber, la incapacidad posterior de conocer el paradero y el estado de la persona desaparecida, lo cual provoca la existencia de una situación continua. Por lo tanto, la obligación positiva del Estado persistirá potencialmente mientras se mantenga el desconocimiento acerca del estado de la persona desaparecida. Esto es verdad incluso en los casos en los que cabe, al fin y al cabo, suponer que la persona ha finalmente fallecido (véase, aunque en el contexto de los artículos 2 y 3, Varnava y otros contra Turquía [GS] [JUR 2009, 397184], núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90,

Gran número de demandas pendientes contra ese Estado por la misma violación

Este criterio se tiene en cuenta en los siguientes asuntos⁹:

- La existencia de 1.400 demandas pendientes se entiende como dato relevante en la STEDH (Sección 3^a), de 22 de diciembre de 2005, *caso Xenides-Arestis contra Turquía*¹⁰. BDAW TEDH (2005, 138).

16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, apartado 148, TEDH 2009)”. Por todo ello, considera que efectivamente se produjo una vulneración del CEDH, ya que el cuerpo del bebé nunca fue entregado a la madre y que la supuesta causa de la muerte nunca quedó determinada. De igual modo, que se pone de manifiesto que el Estado demandado nunca hizo nada para reparar a esos padres, ni tampoco, para dar cobertura legal a otras reparaciones en situaciones parecidas. Así, en el párrafo 71 afirma que “teniendo en cuenta estas observaciones en relación con el presente asunto, cabe observar que el cuerpo del hijo de la demandante jamás fue devuelto a la demandante o su familia, y que la causa de la muerte nunca quedó determinada (véanse, los apartados 22 y 14, supra en ese orden). Por añadidura, la demandante nunca recibió informe de autopsia alguno ni fue informada de cuando y donde había sido enterrado, la muerte del bebé nunca fue registrada oficialmente (véanse, supra, los apartados 22 y 15, en ese orden). La denuncia ámbito penal presentada por el marido de la demandante también parece haber sido rechazada sin haber sido examinada adecuadamente (véase, el apartado 17 supra), y la misma demandante sigue hoy sin disponer de informaciones creíbles sobre lo ocurrido a su hijo”.

9 En este supuesto, la cuestión procesal relevante es la de determinar en qué medida la emisión de la sentencia piloto incide sobre los procesos ya pendientes fundada la pretensión en el mismo tipo de violación. Como analizamos más adelante, esta situación está contemplada expresamente en el artículo 61 RTEDH. En concreto, veremos que lo que se contempla es que dichos procedimientos se suspendan para que el Estado condenado entre en negociaciones con los demandantes.

10 La sentencia recae como consecuencia de la demanda interpuesta por una ciudadana greco-chipriota contra Turquía. Para entender el caso, debe tenerse presente que en el año 1974, la Junta Militar que gobernaba en Grecia, propicia un golpe de Estado en Chipre con el fin de anexionarla a Grecia. Sin embargo, inmediatamente después, tropas turcas invaden la zona norte de la isla de Chipre, invadiendo un 37% del territorio chipriota. La isla quedó desde entonces dividida, proclamándose, al norte, el denominado República Turca del Norte de Chipre, Estado que no ha sido reconocido por la comunidad internacional, sino solamente por Turquía. Fruto de dicha invasión turca, numerosos greco-chipriotas tuvieron que abandonar sus viviendas y propiedades, saliendo de la zona de control militar ejercida por Turquía. Pues bien, Xenides-Arestis es una de esas personas que se vieron afectadas por la invasión turca. Así puede verse en los párrs. 11 y 12 de la STEDH en donde se afirma que “en agosto de 1974 se vio obligada por las fuerzas militares turcas, a abandonar, junto con su familia, Famagusta y su domicilio, bienes y posesiones. Desde entonces no ha podido acceder ni usar y disfrutar de su domicilio y sus bienes, que están bajo la ocupación y el control de las fuerzas militares turcas. Según la demandante, únicamente las fuerzas militares turcas tienen acceso al área cercada de Famagusta. El 23 de abril de 2003, las autoridades de la «República Turca de Chipre del Norte» (RTCN) adoptaron nuevas medidas relativas al paso del norte al sur de Chipre, y viceversa, a través de controles específicos. El 30 de junio de 2003, el «Parlamento de la RTCN» promulgó la «Ley de Compensación por Propiedades Inmobiliarias Situadas en los Límites de

- También se tiene en cuenta la existencia de 1.350 demandas pendientes, presentadas por más de 13 500 personas, como dato relevante en la STEDH (Sección 4ª), de 3 de noviembre de 2009, *caso Suljagic contra Bosnia Herzegovina*¹¹. BDAW JUR (2009, 441614).

la República Turca de Chipre del Norte» que entró en vigor el mismo día («Ley núm. 49/2003»). El 30 de julio de 2003, en virtud del artículo 11 de dicha Ley, se estableció una «Comisión de Determinación, Evaluación y Compensación de la Propiedad Inmobiliaria» en la RTCN. Las normas de la Comisión se publicaron en el Boletín Oficial de la RTCN el 15 de agosto de 2003, y la Comisión se constituyó mediante una decisión del Consejo de Ministros de la RTCN publicada en el mencionado Boletín del 18 de agosto de 2003¹². El TEDH procede a identificar el problema estructural existente. En concreto, al dividirse la isla y existir la zona norte bajo el control de Turquía, un gran número de personas de origen greco-chipriota no puede acceder a sus propiedades. Es más, pone de manifiesto que, en ese momento, había apropiadamente 1.400 demandadas ante el TEDH contra Turquía por el mismo motivo. Así, en el párr. 38 afirma: “Es inherente a las conclusiones del Tribunal que la violación de los derechos de la demandante garantizados por los artículos 8 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) y 1 del Protocolo núm. 1, tuvo su origen en un extendido problema que afecta a un gran número de personas, es decir, el injustificado impedimento en el «respeto de su domicilio» y el «derecho al respeto de sus bienes» que tiene lugar debido a la política o práctica de la RTCN (Chipre contra Turquía anteriormente citada, aps. 174 y 185). Además, el Tribunal no puede ignorar el hecho de que ya hay aproximadamente 1.400 asuntos relativos a bienes pendientes ante el Tribunal presentados principalmente por personas greco-chipriotas contra Turquía”.

11 La misma recae como consecuencia de la demanda presentada por un ciudadano bosnio contra Bosnia-Herzegovina. En la demanda se pone de manifiesto que, desde hace muchos años, los depósitos realizados en moneda extranjera que se habían realizado en un banco bosnio, habían sido congelados, sin apenas posibilidad de recuperación. El problema trae su origen de la política financiera llevada a cabo en la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia. En ese tiempo, se hizo atractivo para los trabajadores expatriados y otras personas, depositar la moneda extranjera de que dispusieran, en bancos comerciales (párr. 8). Los grandes problemas de deuda interna y externa de la antigua Yugoslavia, provocaron que en los años ochenta del siglo pasado, que se impusieran grandes restricciones legales para poder obtener el reembolso de los depósitos en moneda extranjera. En la práctica, dichos depósitos resultaron congelados (párr. 10). En 1991 y 1992, la República de Yugoslavia desapareció, dando lugar al nacimiento de nuevos Estados, entre ellos, Bosnia-Herzegovina. Este país nacionalizó todos los bancos comerciales y mantuvo la congelación de los depósitos en moneda extranjera. Casi la única manera de disponer de dicho dinero era para comprar al Estado la vivienda ocupada por esa persona, si se trataba de una vivienda de titularidad pública, o para comprar empresas estatales.

Pues bien, el TEDH al tener conocimiento de esta demanda, constata que la misma se fundamenta en un claro problema estructural que está afectando a más de un cuarto de la población de Bosnia y Herzegovina. Es más, en el párr. 63 pone de manifiesto que, en ese momento, existen más de 1.350 demandas pendientes ante el TEDH, presentadas por más de 13.500 demandantes. Esta situación es la que lleva al TEDH a tomar la decisión de seguir los trámites para la emisión de sentencia piloto. En este sentido, afirma: “la violación constatada por el Tribunal en el presente asunto afecta a mucha gente. De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, más de un cuarto de la población de Bosnia y Herzegovina tiene ahorros de moneda extranjera (ver, *Bosnia y Herzegovina: Selected Economic Issues*, Informe del FMI,

- También podemos tener presente la STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Finger contra Bulgaria*¹² BDAW JUR (2011, 153301), en que se indica que los casos pendientes en el momento de emisión de la sentencia piloto, eran 500.
- En todos los casos anteriores, el TEDH indica el número exacto de demandas pendientes contra el mismo Estado. No obstante, en la STEDH (Sección 2ª), de 20 de marzo de 2012, *caso Ümmühan Kaplan contra Turquía*¹³ BDAW JUR (2012, 104171), se limita a indicar que existen cientos de asuntos pendientes.

Gran número de sentencias de condena contra ese Estado fundadas en la misma violación

El criterio de atender al número de sentencias de condenada dictadas hasta ese momento contra el mismo Estado fundadas en la misma violación, podemos detectarlo en los siguientes casos:

- Se tiene en cuenta el hecho de haberse ya dictado 300 sentencias, contra el Estado demandado, por el mismo motivo, en la STEDH (Sección 5ª), de

núm. 04/54, de marzo 2004, pg. 26) Asimismo, ya hay más de 1.350 demandas similares, presentadas en nombre de más de 13.500 demandantes, pendientes ante el Tribunal. Esto representa una seria amenaza a la futura efectividad del mecanismo del Convenio. El Tribunal, por tanto, considera apropiado aplicar el procedimiento de sentencia piloto en el presente asunto, a pesar de la objeción del Gobierno a este respecto”.

12 En el caso *Finger* el TEDH se pronuncia sobre el problema estructural de la excesiva duración de los procedimientos civiles en Bulgaria

13 En la misma, el Tribunal se pronuncia sobre una demanda de amparo presentada por un ciudadano turco por la excesiva duración de un proceso de clasificación de parcelas de tierras, que se demoró en el tiempo apropiadamente veinticinco años. Al conocer de esta demanda, el Tribunal detecta la existencia de un problema estructural en Turquía, el relativo a la excesiva duración de los procedimientos judiciales. Es más, pone de manifiesto que cientos de asuntos están pendientes ante el TEDH fundados en la misma causa (párrafo 63).

15 de octubre de 2009, *caso Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania*¹⁴ BDAW JUR (2009, 422958).

- También se indica que se han dictado 300 sentencias condenatorias contra ese Estado, en la STEDH (Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2010, *Vassilios Athanasiou y otros contra Grecia*¹⁵ BDAW JUR (2010, 409972), así como en la STEDH (Sección 1ª), de 3 de abril de 2012, *caso Michelioudakis contra Grecia*¹⁶, BDAW JUR (2012, 122594).

14 La misma recae como consecuencia de la demanda presentada por un veterano del ejército ante la falta de ejecución de las sentencias que ordenan que las autoridades ucranianas abonaran haberes atrasados correspondientes a su jubilación. Resulta llamativo cómo el TEDH pone de manifiesto que este problema de falta de cumplimiento de las sentencias condenatorias a administraciones públicas, es el que se le ha planteado en más de la mitad de las demandas que hasta ese momento ha conocido interpuestas contra Ucrania.

Así, en el párrafo 73 afirma que “the Court notes that the instant case concerns a recurring problem underlying the most frequent violations of the Convention found by the Court in respect of Ukraine; more than half of its judgments in Ukrainian cases have concerned the issue of prolonged non-enforcement of final decisions for which the Ukrainian authorities were responsible. The Court observes that one of the first such judgments, delivered in June 2004, was based on facts similar to the circumstances of the present case (see *Voytenko*, cited above). In particular, in the case of *Voytenko* the applicant could not receive the sums awarded to him in relation to the termination of his military service for about four years. As well as finding a violation of Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 on account of the delay in the enforcement of the domestic award in *Voytenko*, the Court concluded that the Ukrainian legal system offered no effective domestic remedy, as required by Article 13 of the Convention, to prevent delays in the enforcement of judgments or to afford redress for the damage created by such delays”. En concreto, son más de 300 sentencias las que se habían dictado hasta ese momento condenando a Ucrania por la misma razón (párrafo 83). A ello hay que sumar que, en ese momento, existían alrededor de 1.400 demandas pendientes de resolución (párrafo 86).

15 el TEDH se pronuncia sobre una deficiencia estructural existente en Grecia: la excesiva duración de los procedimientos ante los tribunales administrativos y la ausencia de un recurso interno efectivo para denunciar la excesiva duración. Sobre esta cuestión ya se había pronunciado en anteriores sentencias, en concreto, en 300.

En este sentido, en el párrafo 36 se afirma que “la Cour relève d'emblée que la durée excessive des procédures devant les juridictions administratives grecques est un problème chronique, qui a conduit à de nombreux constats de violation de la Convention à Strasbourg. Elle note que durant la période allant de 1999 à 2009, la Cour a adopté trois cents arrêts environ concluant à la durée excessive de procédures judiciaires, dont une grande partie était afférente à des procédures administratives”. Pero ante la reiteración de demandas fundamentadas en la misma violación, el TEDH decide emitir esta sentencia piloto.

16 En la misma se detecta un problema estructural en Grecia: la excesiva duración de los procedimientos judiciales penales. De hecho, se pone de manifiesto que entre 2001 y 2011, el TEDH ha dictado más de trescientas sentencias contra Grecia por el mismo motivo (párrafo 55).

- De igual modo, en la STEDH (Sección 1ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Dimitrov y Hamanov contra Bulgaria*¹⁷ BDAW JUR (2011, 153300), se indica que sobre esa misma violación contra ese Estado ya se ha pronunciado en 80 casos anteriores.
- Por último, también es interesante tener presente, la STEDH (Sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *caso Rumpf contra Alemania*¹⁸ BDAW JUR

17 En la misma, se detecta un problema estructural en el sistema procesal penal búlgaro. En concreto, la excesiva duración de los procesos y la inexistencia de un recurso interno que permita hacer valer el derecho a ser oído en un plazo razonable.

En el párrafo 109 se pone de manifiesto que “the present case is similar to other cases, such as Scordino (no. 1), Vassilios Athanasiou and Rumpf (all cited above), which also concerned the unreasonable length of proceedings and the lack of effective remedies in that regard. Moreover, the recurrent and persistent nature of the underlying problem, the large number of persons in Bulgaria who are liable to be affected by it, and the need to grant those persons appropriate redress at the domestic level are all factors militating in favour of applying the pilot judgment procedure in this case”.

El carácter estructural de esta deficiencia se subraya por el TEDH al poner de manifiesto que hasta ese momento, en más de ochenta casos se ha pronunciado sobre la excesiva duración de los procedimientos penales en Bulgaria. A ello suma que existen aproximadamente doscientos casos pendientes de resolución ante el TEDH (párrafo 110).

Aunque se reconoce que Bulgaria ha llevado a cabo algunas reformas para reducir la excesiva duración de estos procedimientos, el Tribunal señala que el problema sigue existiendo.

18 la demanda la presentó un ciudadano alemán contra Alemania, fundada en la excesiva duración de un proceso en el que se dictó sobre la renovación del permiso de licencia de armas. En concreto, el proceso, en las distintas instancias, se demoró por un total de trece años, cinco meses y una semana. A título de ejemplo, puede tenerse presente que, en apelación, por ejemplo, el proceso estuvo pendiente durante casi ocho años (vid. párrafo 44).

Al conocer de este asunto, el TEDH destaca que más de la mitad de las sentencias dictadas hasta ese momento contra Alemania, se fundamentan precisamente en ese tipo de violación. En el párrafo 64 se afirma que “el Tribunal señala que desde 1959 hasta 2009 ha dictado sentencia en más de cuarenta asuntos en contra de Alemania considerando las violaciones repetitivas del Convenio con respecto a la duración excesiva de procesos civiles. Tan solo en 2009 consideró trece violaciones al requisito del plazo razonable establecido por el artículo 6.1 del Convenio”. Y no solo ese dato es relevante, también se indica que en ese momento hay más de 25 demandas pendientes ante el TEDH, basadas en los mismos hechos (párrafo 69). Este estado de hechos es el que le lleva al Tribunal a concluir que en Alemania existe un problema estructural que afecta a la duración de los procesos. En este sentido, en el párrafo 70 se indica que “en vista de lo que antecede, el Tribunal concluye que las violaciones consideradas en el presente asunto no son fruto de un incidente aislado, ni tampoco pueden ser atribuidas a un giro particular de los acontecimientos en este asunto, sino que son consecuencia de los defectos del Estado demandado. Por tanto, la situación en el presente asunto, debe calificarse como resultado de una práctica incompatible con el Convenio (véase *Bottazzi c. Italia* [GS], núm. 34884/97, ap. 22, TEDH 1999-V)”.

(2010, 301141), en la que por esa misma infracción que evidenciaba un fallo estructural, Alemania fue condenada en 40 ocasiones anteriores.

Que la fundamentación fáctica de las demandas presentadas permita identificar la misma deficiencia estructural

Como puede apreciarse, estamos hablando de la existencia de varios procesos resueltos, pendientes, o que puedan iniciarse, sobre la base de la misma causa de pedir. Es decir, no estamos refiriéndonos a procesos idénticos, pues la litispendencia impediría su desarrollo. Nos referimos a que haya habido, haya o pueda haber, diferentes procesos fundados en el mismo supuesto fáctico: la deficiencia estructural o sistémica que afecte al ordenamiento jurídico o al sistema judicial de un determinado país.

183

Que exista identidad subjetiva, en el lado pasivo

Presupuesto que necesariamente debe concurrir y que está implícito en la concreción de los anteriores, es el que el Estado demandado (efectiva o potencialmente) sea el mismo. La razón es evidente. La deficiencia estructural o sistémica es la que provoca (o puede provocar) que ese Estado viole repetidamente el mismo derecho correspondiente a diversas personas.

Aspectos procedimentales relevantes

Inicio

El artículo 61.2 *b*) RTEDH es claro al indicar que el TEDH puede decidir aplicar el procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto, bien de oficio o a instancia de parte (Morte, 2011, 921). En este último caso, se contemplan dos posibilidades. La primera, que todas las partes procesales soliciten conjuntamente que se acuerde iniciar un procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto. La segunda situación, es que la solicitud venga formulada por una sola de las partes. En este sentido, la solicitud puede ser formulada indistintamente por el demandante, o también por el Estado demandado. No es condición *sine qua non* que todas las partes formulen conjuntamente la solicitud de iniciar este tipo de procedimiento.

Audiencia de las partes

El artículo 61.2 *a*) RTEDH establece que antes de decidir seguir el procedimiento de sentencia piloto, el TEDH debe prestar audiencia a las partes. En relación con esta exigencia, queremos realizar básicamente dos observaciones.

La primera, que este trámite de audiencia debe considerarse necesario en el caso en que el recurso al procedimiento de sentencia piloto se pretenda iniciar de oficio, o a instancia de alguna de las partes. Por el contrario, si todas las partes han presentado de manera conjunta su solicitud de recurrir a este procedimiento, no tiene sentido iniciar el trámite de audiencia. El objeto de este trámite de audiencia, es solamente discutir y conocer los argumentos del Tribunal o de la parte contraria, acerca de la concurrencia del supuesto de la existencia de deficiencia estructural o sistémica en el Estado demandado, así como que la demanda se presta a este

procedimiento de sentencia piloto. No es posible discutir sobre cualesquiera otros aspectos distintos a los señalados.

Publicidad

El artículo 61.10 RTEDH exige que el inicio del procedimiento que permita lograr una sentencia piloto, deba publicarse en la página web del TEDH.

Tratamiento prioritario de la demanda

Este efecto se contempla claramente en el artículo 61.2 e) RTEDH (Morte, 2011, 921). En concreto, dicho artículo dispone que a dicha demanda deba reservarse un tratamiento prioritario a los efectos de lo que se regula en el artículo 41 RTEDH¹⁹. Por lo tanto, implica una modificación de los criterios de tratamiento de las demandas que con carácter general hayan sido aprobados por el TEDH.W

Contenido de la sentencia piloto

Los apartados 3 y 4 del RTEDH, permiten identificar los pronunciamientos que podemos encontrar en una sentencia piloto.

19 Debe tenerse presente que el artículo 41 RTEDH regula los aspectos relativos al orden de tratamiento de las demandas. Al respecto, la disposición citada dispone que el orden de examen de las mismas vendrá determinado por el TEDH, atendiendo a la importancia y la urgencia de las cuestiones planteadas. Sin embargo, también se contempla que la Sala o su presidente, pueden derogar dichos criterios y conceder un tratamiento prioritario a una demanda determinada. Pues bien, el artículo 61.2 c) RTEDH viene a establecer ese carácter prioritario de la demanda en un procedimiento piloto.

Identificación del problema estructural o sistémico, o disfunción constatada en el ordenamiento jurídico del Estado demandado

En este sentido, debemos recordar que precisamente la existencia de ese fallo estructural o sistémico es el que justifica el seguimiento de este procedimiento y la emisión de este tipo de sentencia.

Indicación de las medidas reparatorias de carácter general que el Estado debe adoptar

En este sentido, hay que señalar que la sentencia piloto da respuesta a la demanda individual presentada, por lo tanto, debe pronunciarse sobre las medidas particulares que deben adoptarse en favor del demandante. Pero a su vez, fija las medidas de carácter general que habrían evitado que la violación se hubiera producido y que, por lo tanto, pueden evitar que en el futuro puedan producirse nuevas violaciones (Morte, 2011, 921). En definitiva, el TEDH asume un rol más activo, pudiendo fiscalizar el ordenamiento interno de un Estado (Morte, 2011, 75).

Análisis de algunas medidas reparatorias fijadas

Si nos acercamos a la jurisprudencia del TEDH, podemos detectar los diferentes tipos de medidas generales impuestas a los Estados. Sin ánimo de exhaustividad, pueden tenerse presentes las siguientes:

- Garantizar con medidas jurídicas y administrativas, el reconocimiento del derecho de todos los afectados por pérdidas patrimoniales tras conflicto

bélico (STEDH de 22 de junio de 2004, *caso Broniowski contra Polonia*). BDAW JUR (2004, 178964).

- Introducir en el ordenamiento jurídico interno, regulación legal que garantice adecuadamente los intereses de los propietarios en los contratos de arrendamientos de viviendas (STEDH (Sección 4ª), 22 de febrero de 2005, *caso Hutten-Czapka contra Polonia*). BDAW JUR (2005, 62008) y Morte (2011, 235-236).
- Poner a disposición de los afectados un remedio efectivo que permita hacer cesar y reparar las pérdidas patrimoniales por invasión de un Estado de una parte de otro (STEDH (Sección 3ª), de 22 de diciembre de 2005, *caso Xenides-Arestis contra Turquía*). BDAW TEDH (2005,138).
- Introducir un sistema efectivo de recurso interno en los casos de falta de ejecución o de ejecución tardía de las sentencias contra la Administración pública (STEDH (Sección 1ª), de 15 de enero de 2009, *caso Burdov (nº 2) contra Rusia* BDAW JUR (2009, 12444); (STEDH (Sección 4ª), de 28 de julio de 2009, *caso Olanu y otros contra Moldavia*). BDAW JUR (2009, 338774).
- Emisión de bonos públicos que permitan la devolución del dinero congelado (STEDH (Sección 4ª), de 3 de noviembre de 2009, *caso Suljagic contra Bosnia Herzegovina*). BDAW JUR (2009, 44161).
- Reforma del sistema penitenciario que implique que a los presos no se les prive automáticamente del derecho de sufragio (STEDH (Sección 4ª), de 23 de noviembre de 2010, *caso Greens y M.T. contra Reino Unido*). BDAW JUR (20103 82394).
- Regulación de un sistema que permita indemnizar por la excesiva duración de los procedimientos penales (STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Dimitrov y Hamanov contra Bulgaria*) BDAW JUR (2011, 153300).

- Regulación de un recurso efectivo para denunciar los supuestos de duración inadecuada de cualquier procedimiento judicial (STEDH (Sección 2ª), 20 de marzo de 2012, caso Ümmühan Kaplan contra Turquía²⁰) BDAW JUR (2012, 104171).
- Recurrir a medidas alternativas a la prisión y redirigir la política criminal, así como establecer un sistema efectivo de recursos para que la población carcelaria pueda solicitar una reparación por los daños sufridos por hacinamiento en cárceles (STEDH (Sección 2ª), de 8 de enero de 2013, *caso Torreggiani y otros contra Italia*²¹) BDAW TEDH (2013, 4).

20 En concreto, hace referencia a que el Estado turco debe introducir un recurso efectivo, en el plazo de un año, contra la excesiva duración de los procedimientos. Quizás el aspecto que merezca la pena destacar es que el pronunciamiento del TEDH se refiere a cualquier procedimiento judicial, ya sea civil, penal o mercantil, entre otros.

21 En relación con el primer aspecto, puede tenerse presente el párrafo 94 en el que se afirma que “en particular, cuando el Estado no es capaz de garantizar a cada interno las condiciones de reclusión de conformidad con el artículo 3 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), el Tribunal le anima a actuar reduciendo el número de prisioneros, incluyendo el uso de medidas punitivas no privativas de libertad (Norbert Sikorski [JUR 2009, 427517], citado, ap. 158) y reducir al mínimo el uso de la prisión preventiva (entre otros, Ananyev y otros [JUR 2012, 9280], citada anteriormente, ap. 197). En este último sentido, el Tribunal se sorprende por el hecho de que alrededor del 40 % de reclusos en las cárceles italianas son personas en prisión preventiva en espera de juicio (ap. 29)”. También es interesante el contenido del párrafo 95 en que se afirma: “no corresponde al Tribunal indicar a los Estados las disposiciones relativas a sus políticas criminales y la organización de su sistema penitenciario. Estos procesos plantean una serie de complejas cuestiones jurídicas y prácticas que, en principio, sobrepasan la función judicial del Tribunal. Sin embargo, desea recordar en este contexto las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa invitando a los Estados a instar a fiscales y jueces a recurrir en la medida de lo posible a medidas alternativas a la prisión y redirigir su política criminal hacia un menor uso del confinamiento al objeto, entre otros, de resolver el problema del crecimiento de la población reclusa (véase en particular, las recomendaciones de la Comisión de Ministros Rec (99) 22 y Rec (2006)13”.

No obstante, con la necesidad de introducir un recurso efectivo en favor de las personas privadas de libertad, el TEDH indica que deja en manos del Estado la concreción del mismo. Así, en el párrafo 98 afirma que “el Tribunal no tiene que especificar cuál sería la mejor forma de establecer los recursos internos necesarios (Hutten-Czapska [JUR 2005, 62008], citada, ap. 239). El Estado puede modificar los recursos existentes o crear otros nuevos de tal forma que las violaciones de los derechos del Convenio puedan compensarse de una manera realmente efectiva (Xenides-Samuelsón contra Turquía, núm. 46347/99, ap. 40, 22 de diciembre de 2005 [TEDH 2005, 138]). Debe también, bajo el control del Comité de Ministros, asegurar que el recurso o recursos recién implementados cumplan, tanto en la teoría como en la práctica, los requisitos del Convenio”. Y el párrafo 99 añade que “se concluye que las autoridades nacionales deben sin demora poner en práctica un recurso o una combinación de ellos con efectos preventivos y compensatorios y que garanticen realmente una reparación efectiva de la violación derivada de la superpoblación carcelaria en

- Aprobación de una Ley especial en materia de “robo de bebés” que contemple un mecanismo destinado a proporcionar reparación individual adecuada a los padres afectados (STEDH (Sección 2ª), de 26 de marzo de 2013, *caso Zorica Jovanovic contra Serbia*²²) BDAW TEDH (2013, 34).

Supuestos en que el TEDH no ha fijado medidas generales

No obstante, debe tenerse presente que ha habido sentencias piloto en las que una vez detectado el fallo estructural o sistémico, el TEDH, opta por no fijar medidas generales. A título de ejemplo, puede tenerse presentes los siguientes casos:

- STEDH (Sección 5ª), 15 de octubre de 2009, *caso Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania*, BDAW JUR (2009, 422958), párrafo 91, en donde sostiene que es de gran complejidad el fallo estructural, razón que le lleva a abstenerse de concretar las medidas generales.
- STEDH (Sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *caso Rumpf contra Alemania* BDAW JUR (2010, 301141), en la que se impone al Estado que aporte un remedio o un conjunto de remedios para que los procesos judiciales no tengan una duración excesiva. No concreta cuál sería la medida idónea

Italia. Este o estos recursos deberán cumplir con los principios del Convenio, recordados suficientemente en esta sentencia (véase, entre otras cosas, los apartados 50 y 95), y ejecutarlo en un plazo de un año a partir de la fecha en que esta se convierta en firme (ver, por comparación, Xenides-Samuelsón [TEDH 2005, 138], citada, ap. 40 y el punto 5 de la parte dispositiva).”

22 En concreto, debe estarse a lo dispuesto en el párrafo 92 en el que se afirma que “a la vista de estas consideraciones, así como del número importante de posibles demandantes, el Estado demandado debe, dentro de un plazo de un año a partir de la fecha en la que la presente sentencia sea definitiva, de conformidad con el artículo 44, apartado 2 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), adoptar todas las medidas apropiadas, preferiblemente mediante una *lex specialis* (véase el informe del Defensor del Pueblo del 29 de julio de 2010, en el apartado 29 *supra*), con el fin de asegurar el establecimiento de un mecanismo destinado a proporcionar reparación individual a todos los padres que se encuentren en una situación idéntica o similar a la de la demandante (véase, el apartado 26 *supra*). Este mecanismo deberá hallarse bajo la supervisión de una instancia independiente, dotada de poderes adecuados, capaz de proporcionar respuestas creíbles en cuanto a lo ocurrido a cada niño y otorgar una indemnización adecuada si esta medida fuere apropiada”.

para dar respuesta al problema. Deja la elección al Estado condenado, bajo la supervisión del Comité de Ministros del CE²³.

- STEDH (Sección 3ª), 12 de octubre de 2010, *caso Maria Atanasiu y otros contra Rumanía*, BDAW JUR (2010, 342510), en cuanto a las medidas a adoptar, el TEDH no concreta ninguna, deja libertad al Estado para su determinación²⁴. No obstante, indica que ve con buenos ojos el ofrecimiento que ha hecho el Estado demandado de introducir plazos vinculantes para el cumplimiento de los deberes de restitución y la posibilidad de introducir una revisión judicial de dichas decisiones²⁵.
- STEDH (Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2010, *caso Vassilios Athanasiou y otros contra Grecia* BDAW JUR (2010, 409972), que deja en manos del Estado condenado la elección del sistema más adecuado para dar cumplimiento a la sentencia.
- STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Finger contra Bulgaria* BDAW JUR (2011, p. 153301), sobre excesiva duración de los procedimientos judiciales civiles, el Tribunal deja libertad al Estado búlgaro para elegir el mecanismo o mecanismos con las que reducir la excesiva duración de este tipo de procedimientos²⁶.

Por otro lado, hay que añadir que en el supuesto en que el demandante hubiera solicitado una satisfacción equitativa al amparo del artículo 41 CEDH, el TEDH puede reservarse el análisis de esa cuestión, a la espera del cumplimiento por parte del Estado demandado, de las medidas individuales y generales impuestas en la

23 Véase párrafo 73.

24 Véase párrafo 233.

25 En el párrafo 234 se afirma que “la Cour prend acte avec intérêt de la proposition avancée par le Gouvernement dans son plan d’action visant à l’établissement de délais contraignants pour l’ensemble des étapes administratives. Pareille mesure, à condition qu’elle soit réaliste et doublée d’un contrôle juridictionnel effectif, pourrait avoir un impact positif sur l’efficacité du mécanisme d’indemnisation”.

26 Véase párrafo 120.

sentencia. Así se dispone expresamente en el artículo 61.5 RTEDH). Por lo tanto, no habría en este caso, un supuesto de incongruencia omisiva en la sentencia piloto.

Fijación de plazo para cumplimiento

Con este carácter facultativo, el TEDH puede fijar un plazo para la adopción de las medidas mencionadas anteriormente. La fijación del plazo en concreto depende de la naturaleza de las medidas impuestas y de la rapidez con la cual se puede poner remedio al problema estructural a nivel interno (artículo 61.4 RTEDH). Así, por ejemplo, los plazos fijados en las diferentes sentencias que hemos estudiado, son los siguientes:

- Tres meses (STEDH (Sección 3ª), de 22 de diciembre de 2005, *caso Xenides-Arestis contra Turquía*).
- Seis meses (STEDH (Sección 4ª), de 28 de julio de 2009, *caso Olaru y otros contra Moldavia*) BDAW JUR (2009, 338774); STEDH (Sección 4ª), de 3 de noviembre de 2009, *caso Suljagic contra Bosnia Herzegovina*; BDAW JUR (2009, 441614). STEDH (Sección 4ª), de 23 de noviembre de 2010, *caso Greens y M.T. contra Reino Unido* BDAW JUR (2010, 382394).
- Doce meses (STEDH (Sección 5ª), 15 de octubre de 2009, *caso Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania*) BDAW JUR (2009, 422958); STEDH (Sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *caso Rumpf contra Alemania*; BDAW JUR (2010, 301141). STEDH (Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2010, *caso Vassilios Athanasiou y otros contra Grecia*) BDAW JUR (2010, 409972); STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Dimitrov y Hamanov contra Bulgaria*) BDAW JUR (2011, 153300); STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2011, *caso Finger contra Bulgaria*) BDAW JUR (2011, 153301); STEDH (Sección 2ª), 20 de marzo de 2012, *caso Ümmühan*

Kaplan contra Turquía) BDAW JUR (2012, 104171); STEDH (Sección 1ª), de 3 de abril de 2012, *caso Michelioudakis contra Grecia* BDAW JUR (2012, 122594); STEDH (Sección 2ª), de 8 de enero de 2013, *caso Torreggiani y otros contra Italia* BDAW TEDH (2013, p. 4); STEDH (Sección 2ª), de 26 de marzo de 2013, *caso Zorica Jovanovic contra Serbia*). BDAW TEDH (2013, 34).

- Dieciocho meses (STEDH (Sección 3ª), 12 de octubre de 2010, *caso Maria Atanasiu y otros contra Rumanía*) BDAW JUR (2010, 342510).

Forma

Desde un punto de vista formal, el artículo 61 RTEDH no contiene especialidad alguna. Por lo tanto, formalmente, las sentencias piloto son idénticas al resto de sentencias que pueda dictar el TEDH²⁷.

192

27 No encontramos en el CEDH una referencia explícita a los requisitos formales que, desde un punto de vista general, deben cumplir las sentencias dictadas por el TEDH. No obstante, el artículo 45.2 CEDH recoge que, si hubiera votos u opiniones disidentes de algún magistrado, estos deberán recogerse por separado en la sentencia. En concreto, el artículo citado indica que “si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier Juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado”. En este sentido, el artículo 74.2 RTEDH dispone que “los jueces que hayan participado en el examen del asunto por parte de una Sala o de la Gran Sala pueden adjuntar al texto de la sentencia la exposición de su opinión separada, concordante o disidente, o una simple declaración de disentimiento. Es más completa la regulación de los requisitos formales en el artículo 74.1 RTEDH. Al respecto, en cualquier sentencia, ya sea dictada por el Comité de tres magistrados, por la Sala o por la Gran Sala, deben figurar:

- a) El nombre del presidente y del resto de jueces que componen la Sala o el Comité, así como el nombre del secretario o del secretario adjunto.
- b) La fecha en que se adopta la sentencia y la fecha en que se hace pública.
- c) La indicación de las partes.
- d) El nombre de los agentes, los abogados y los asesores de las partes.
- e) Una exposición del procedimiento.
- f) Los hechos que han originado la demanda.
- g) Un resumen de las conclusiones de las partes.
- h) Los fundamentos de Derecho.

Publicidad

Reglas comunes a cualquier tipo de sentencia

De entrada, son aplicables a este tipo de sentencias, los requisitos de publicidad que se establecen con carácter general para todas las sentencias dictadas por el TEDH. De este modo, la sentencia piloto puede ser leída en audiencia pública por el presidente de la Sala o por el magistrado en que aquel haya delegado. Para ello, los representantes de las partes deben ser debidamente informados de la fecha de la audiencia. En el caso en que no se lea en audiencia pública, la sentencia debe notificarse a las partes por escrito (artículo 77.2 RTEDH).

Reglas específicas de las sentencias piloto

Pero como requisitos específicos de publicidad, deben tenerse presentes los que se contemplan en los apartados 9 y 10 del artículo 61 RTEDH. Por un lado, el TEDH debe comunicar al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentaria, al Secretario General del CE, y al Comisario por los derechos del Hombre del Consejo de Europa, la emisión de cualquier sentencia piloto (Morte, 2011, 922) o de otra sentencia que, sin ser piloto, haya identificado un problema estructural sistémico en un Estado parte del CE (artículo 61.9 RTEDH). Por otro lado, la emisión de una sentencia piloto, su ejecución y el cierre del procedimiento, deben publicarse en la página web del TEDH (artículo 61.10 RTEDH).

i) La parte dispositiva.

j) Si procede, la decisión adoptada en relación con las costas y los gastos.

k) La indicación del número de jueces que han constituido la mayoría.

l) Si procede, indicación del texto fehaciente.

Dicha sentencia es dictada en inglés o en francés, salvo que el Tribunal decida dictar la sentencias en ambos idiomas (artículo 76.1 RTEDH). No obstante, las sentencias incluidas en la recopilación oficial del Tribunal, se publican en los dos idiomas oficiales (artículo 76.2 RTEDH).

Esta sentencia debe ser firmada por el presidente de la Sala o del Comité, y por el secretario (art. 77.1 RTEDH).

Efectos

La regulación contenida en el artículo 61 RTEDH, nos permite clasificar los efectos de la sentencia piloto desde dos puntos de vista diferentes.

Desde el punto de vista subjetivo. Extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no sean parte

Si atendemos a los sujetos que pueden haber sido afectados por la deficiencia estructural del Estado condenado, la emisión de la sentencia piloto no impide que puedan volverse a presentar nuevas demandas contra dicho Estado basadas en esa deficiencia estructural. Mientras siga subsistiendo el fallo estructural o sistémico, se seguirán produciendo nuevas violaciones de derechos. Ahora bien, si el Estado condenado atiende a las medidas generales impuestas, indirectamente, la sentencia acaba beneficiando a sujetos afectados que no han sido parte en el proceso. Es en este punto en el que se constata, claramente, que la sentencia piloto es un mecanismo que sirve para la protección colectiva de derechos.

Desde el punto de vista procesal

El efecto que provoca la emisión de una sentencia piloto, desde el punto de vista procedimental es relevante. Al respecto, el TEDH puede decidir la suspensión de todos los procesos que ya estén pendientes contra el mismo Estado y fundamentados en la misma deficiencia estructural (Morte, 2011, 921). Así se desprende del artículo 61.6 a) RTDH. Desde nuestro punto de vista, esta disposición también debe aplicarse por analogía a los casos en que, tras la emisión de la sentencia, se presenten nuevas demandas frente al Estado basadas en la misma

deficiencia estructural. Entendemos que dichas demandas deben ser admitidas a trámite y provocar por lo tanto el efecto de litispendencia. Pero una vez iniciado el proceso, debe acordarse la suspensión del mismo.

En todo caso, si el TEDH decidiera la suspensión de estos procedimientos, se hace a la espera de que el Estado condenado adopte las medidas que se han indicado en la parte dispositiva de la sentencia y a su vez, que pueda lograrse un arreglo amistoso con los demandantes. La suspensión debe ser comunicada a las partes de todos los procesos afectados, así como cualquier otra nueva circunstancia relevante que afecte a su causa (artículo 61.6 *b*) RTEDH). No obstante, en cualquier momento, el TEDH puede levantar la suspensión de un determinado procedimiento si fuera necesario por razones de interés de la Justicia (artículo 61.6 *c*) RTEDH). El TEDH ha decidido en la mayoría de los asuntos resueltos en virtud de sentencia piloto, suspender los procedimientos pendientes. Así puede apreciarse en los siguientes casos:

- STEDH (Sección 4ª), de 28 de julio de 2009, *caso Oлару y otros contra Moldavia*. BDAW JUR (2009, 338774).
- STEDH (Sección 2ª), de 26 de marzo de 2013, *caso Zorica Jovanovic contra Serbia*. BDAW TEDH (2013, 34, párrafo 93).
- En la STEDH (Sección 4ª), de 23 de noviembre de 2010, *caso Greens y M.T. contra Reino Unido*. BDAW JUR (2010, 382394), se decide la suspensión de los procedimientos pendientes y en su caso, los que pudieran ingresar tras la emisión de la sentencia piloto en el TEDH.
- Pronunciamientos en el mismo sentido expuesto en el ordinal anterior, podemos encontrar en la STEDH (Sección 2ª), de 8 de enero de 2013, *caso Torreggiani y otros contra Italia*. BDAW TEDH (2013, 4).

No obstante, lo que hemos señalado sobre una eventual suspensión de los procedimientos pendientes contra ese Estado, debe tenerse presente que en ocasiones, se decide que dichos asuntos sigan su tramitación ordinaria. En este

sentido, es muy interesante la decisión tomada en la STEDH (Sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *caso Rumpf contra Alemania*, BDAW JUR (2010, 301141). En lo que respecta a los otros procedimientos que están pendientes, es muy interesante lo dispuesto en el párrafo 75 de la sentencia. En concreto, el Tribunal decide continuar con la tramitación separada de cada uno de los procedimientos pendientes, con el objeto de seguir dictando sentencias que recuerden al Estado demandado su obligación de ajustarse a las exigencias del CEDH. En concreto, afirma:

En las presentes circunstancias el Tribunal no considera necesario suspender el examen de asuntos similares mientras se implementan las medidas relevantes por parte del Estado demandado. Más bien, el Tribunal considera que continuar procesando todos los asuntos procesales sea cual sea su duración, de la forma habitual servirá de forma regular para recordar al Estado demandado, su obligación bajo el Convenio y en particular a partir de esta sentencia.

Terminación de los otros procesos afectados por la sentencia piloto

Estos procesos suspendidos pueden acabar de dos maneras, ya sea de manera anormal o normal. Vamos a referirnos separadamente a cada uno de estos supuestos.

Los procesos terminan de manera anormal, cuando el Estado condenado adopta las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo o parte dispositiva de la sentencia piloto. En ese caso, además, ofrece a los demandantes en cada uno de esos procesos, un arreglo amistoso, que deberá ser fiscalizado por el TEDH. Dichos procesos, por esta vía, terminan de manera anticipada sin que el TEDH tenga que entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Sin embargo, como hemos señalado, terminan con la satisfacción del interés particular del demandante. Por lo tanto, el mecanismo de la sentencia piloto, además de permitir extender

los efectos de la sentencia a la protección de terceros, permite luchar contra la saturación del Tribunal, a la vez que evita “repetir una y otra vez el mismo mensaje y de atribuir una satisfacción equitativa caso por caso” (Casadevall, 2012, 116). En este sentido, y con carácter general, son interesantes las palabras recogidas en el párrafo 86 de la STEDH (2013), *caso Torreggiani y otros contra Italia*, BDAW TEDH (2013, 4), en donde se afirma:

El procedimiento de sentencia piloto está diseñado para facilitar la resolución más rápida y más eficaz del mal funcionamiento sistémico que afecta a la protección del derecho en cuestión en el ordenamiento jurídico interno (Wolkenberg y otros contra Polonia [dec.], núm. 50003/99, ap.34, TEDH 2007 [extractos]). Si debe tender principalmente a abordar estas deficiencias y a establecer, en su caso, recursos internos efectivos que permitan denunciar las violaciones cometidas, la acción del Estado demandado también puede incluir la adopción de soluciones ad hoc como acuerdos amistosos con los demandantes u ofrecimientos unilaterales de compensación, de conformidad con los requisitos del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (Bourdov [núm. 2] [JUR 2009, 12444], ya citado, ap. 127).

Sin embargo, es posible que, en relación con un proceso suspendido, o con todos los que han sido objeto de suspensión, se reanude la tramitación procedimental. En estos casos, el proceso terminaría de manera normal, entrando el TEDH a conocer del fondo del asunto. Al respecto, debe tenerse presente que el TEDH puede decidir la reanudación de la tramitación de un procedimiento suspendido tras la emisión de la sentencia piloto, si hubiera un interés de buena administración de la justicia (artículo 61.6 c) RTEDH. Por lo tanto, siempre cabe la posibilidad de que, a pesar de la emisión de la sentencia piloto, el TEDH vuelva a pronunciarse sobre asuntos seguidos contra Estado fundados en la misma causa. O de igual modo, se procede a levantar la suspensión de todos los procedimientos afectados por la emisión de la sentencia piloto, cuando el Estado no atiende a las medidas impuestas en el fallo de la sentencia (artículo 61.8 RTEDH).

Así, por ejemplo, si el Estado no ha cumplido con las medidas generales fijadas en la sentencia piloto, ese incumplimiento va a seguir generando la interposición de nuevas demandas fundada en la misma violación. En este sentido, por ejemplo, puede verse la Stedh (2014), *caso Kopnin y otros contra Rusia*, BDAW TEDH (2014, 30).

Por otro lado, en segundo lugar, tampoco hay que descartar la posibilidad de que se haya dado el cumplimiento por parte del Estado de las medidas generales señaladas y a pesar de ello, el TEDH dicte una nueva sentencia contra ese mismo Estado por los mismos hechos. En función de cada supuesto, el TEDH puede decidir que asuntos que se encontraban pendientes, sigan su tramitación ordinaria y se resuelvan, puesto que puede ser necesario dar respuesta a la situación jurídica individual si no se ha logrado un arreglo amistoso. Así, creemos que es interesante tener presente la Stedh (2013), *caso Enver Kaplan contra Turquía*, BDAW TEDH (2013, 62), en la que se plantea un problema de excesiva duración de la prisión preventiva, sobre el que ya se pronunció en la sentencia piloto del Tedh (2012), *caso Ümmühan Kaplan contra Turquía*) BDAW JUR (2012, 104171).

Puede prestarse atención también a la Stedh (2015), *caso Parasca contra la República de Moldavia*. BDAW TEDH (2015, 33). En él se resuelve la demanda de ciudadano moldavo contra su país por retraso de más de seis años en la ejecución de una sentencia que obligaba a un municipio a arrendarle una vivienda social. Es importante destacar que la demanda se interpuso antes de que se dictara la Stedh (2009), *caso Olaru y otros contra Moldavia*, BDAW JUR (2009, 338774), en la que se fijó que el Estado debía incluir en su ordenamiento jurídico un recurso efectivo para denunciar los casos de retrasos indebidos en la ejecución de la sentencia. Pues bien, tras la sentencia, Moldavia introdujo dicho recurso, y en el asunto Paraca que analizamos, como defensa, alega que la demandante no había agotado los recursos internos, como requisito para acceder al TEDH. Obviamente, el TEDH no admite esta argumentación, pues no hay que olvidar que la demanda se interpuso antes de la introducción legal de dicho recurso. Así, en el párrafo 32 afirma:

El Tribunal señala que, como en este caso, los recurrentes que habían presentado sus demandas ante el Tribunal con anterioridad a la sentencia piloto Oлару y otros contra Moldavia (números 476/2007, 22539/2005, 17911/2008 y 13136/2007, ap. 61, 28 julio 2009 [JUR 2009, 338774]), no estaban obligados a agotar los eventuales remedios internos, puestos en marcha con posterioridad a la citada sentencia piloto.

También estaba pendiente antes de la implementación del recurso que se le exigió a Rusia, el asunto que se resuelve en la STEDH (Sección 1ª), de 18 de julio de 2015, *caso Nikolay Kozlov contra Rusia*, BDAW TEDH (2015, 70). De igual modo, puede verse la STEDH (Sección 5ª), de 4 de septiembre de 2014, *caso Peter contra Alemania*, BDAW TEDH (2014, 62) en la que no se estima la demanda contra el Estado demandado por entender que no había quedado acreditada la ineffectividad del recurso que se introdujo en el sistema procesal alemán a raíz de la STEDH (Sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *caso Rumpf contra Alemania*. BDAW JUR (2010, 301141).

Referencias

- Angoitia, V. y Lasagabaster, I. (2009). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV)*. Madrid: Civitas.
- Bouaza Ariño, O. (2014). Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental. *Revista General de Derecho Administrativo*, 37.
- Casadevall, J. (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cucarella Galiana, L. A. (2014). *Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo*. México: Primera Instancia.
- Fernández Sánchez, P. (1987). *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de derechos humanos*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Fernández Sola, N. (2000). *Dos modelos de justicia internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional: hacia una Justicia Internacional, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 junio 1999*. Madrid: Civitas.
- Linde, E.; Ortega, L. I. y Sánchez Morón, M. (1979). *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2009). *El sistema de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas* (T. Cano Campos, coord.). Madrid: Iustel.
- Martín, F.(coord.). (2011). La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia en Estudios y Análisis. En F. Martín (ed.). *La mediación en materia de familia y derecho penal*. Madrid: Editora Andavira
- Morenilla Allard, P. (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex.
- Morte Gómez, C. (2011). Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*. 11.
- Nogueira, M. y García, G. (2016). *Lecciones de jurisdicción social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nogueira, M. y García, G. (2013). *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos*

- Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pastor Palomar, A. (2011). El sistema europeo: el Consejo de Europa (I), en R. Casadevante (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Madrid: Dilex.
- Richard González, M. (2000). El acceso del individuo a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. *Hacia una Justicia Internacional*, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 junio 1999.
- Ripol Carulla, S. (2007). *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Barcelona: Atelier.
- Sánchez Legido, A. (1995). La reforma del mecanismo de protección del convenio europeo de derechos humanos. Madrid: Colex.
- Uriarte, J. (2013). Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de derechos humanos, de juez a legislador. *Revista Española de Derecho Internacional*, 1.
- Restrepo, D. (2016) Justicia consensual: una propuesta conceptual. Recuperado de: <https://justiciaconsensual.files.wordpress.com/2014/04/la-justicia-consensual-en-colombia.pdf>.
- Redorta, J. (2011). *Hacia un mundo deseado: cambio social y conflicto*. Barcelona: Ed. Milenio.
- Silvera, A.; Arboleda, A. y Saker, J. (2015). La conciliación herramienta de interdisciplinaria para exaltar la cultura de acuerdos en la solución de conflictos en Colombia. *Justicia Juris*, 11(1), 89-99.
- Velandia Canosa, A. (Dir.). (2015). *Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Legis.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y EL SECRETO EMPRESARIAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO¹

BEATRIZ ARCILA S.², JUAN CAMILO CASTELLANOS³, OLADIER RAMÍREZ⁴

203

Resumen

Los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) tienen un papel fundamental para la toma de decisiones de orden administrativo, en especial para la autorización de actividades que por su grave afectación a los recursos naturales requieren de

1 El presente capítulo presenta resultados de la investigación titulada “Derecho Sancionatorio Ambiental”, la cual se desarrolló en tres fases, inició en febrero de 2013 y finalizó en diciembre de 2017. Adscrito al Grupo de Investigaciones Jurídicas y financiado por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la misma institución, en colaboración con la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Negro y Nare – CORNARE.

2 Abogada y Magíster en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente, Grupo de Investigaciones Jurídicas, Línea de Estudios Ambientales. barcila@uco.edu.co.

3 Abogado y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente, Grupo de Investigaciones jurídicas, Línea de Estudios Ambientales. jcastellanos@uco.edu.co

4 Abogado de la Universidad Católica de Oriente y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente, Secretario General de la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Negro y Nare. oramirez@cornare.gov.co

licencia ambiental. Al exigir una descripción detallada de los proyectos, obras o actividades y de la demanda de recursos naturales, contienen información que, por un lado, puede estar protegida por el derecho de reserva en virtud del secreto empresarial y por el otro, es un insumo esencial para realizar el control por parte de toda la ciudadanía en ejercicio del derecho de acceso a la información y en procura de la protección efectiva del ambiente. Esta problemática nos pone en la necesidad de analizar las transformaciones que ha sufrido la iniciativa privada para ponerse a tono con las demandas del Estado Social de Derecho y cómo los derechos colectivos han dado lugar a una tensión permanente de derechos constitucionales que se pretende solucionar a través de la hermenéutica judicial. Este trabajo tiene como objetivo presentar el conflicto a que puede haber lugar entre los derechos de acceso a la información -participación ciudadana, el derecho a la iniciativa privada- la libre competencia y el derecho a gozar de un ambiente sano -equilibrio ecológico-, en virtud del contenido de los Estudios de Impacto Ambiental, así como establecer las condiciones para que efectivamente se presente la coalición de derechos y las posibles soluciones frente al mismo.

Palabras clave: constitucionalización del derecho, derechos de acceso, derecho a un ambiente sano, libertad económica, secreto empresarial, estudios de impacto ambiental.

Introducción

Hay un término que no es posible eludir cuando se pretende abordar un conflicto entre los derechos constitucionales y la libertad de económica, este es el de la *constitucionalización del derecho privado*, que admite varias manifestaciones: como el proceso de adaptación que debe llevar a cabo el derecho privado ante la presencia de una nueva Constitución para ponerse a tono con ella (Arrubla Paucar, 2010, 48);

como las “diversas técnicas de aplicación de las normas constitucionales a las relaciones entre los particulares, de forma más o menos directa” (Mantilla Espinosa, 2007, 248) y, finalmente, como la inclusión en el texto constitucional de materias que fueron tradicionalmente reservadas al derecho civil.

Esa intromisión en las relaciones particulares por parte de la norma constitucional no se presenta como un fenómeno aislado, es el resultado de la expansión del constitucionalismo social del siglo XX, que propone la superación del positivismo legalista y es un modelo que ya no trata solo de limitar el funcionamiento del poder; sino que pasa a explicitar cuáles son los principios morales básicos que sustentan y hacen posible un régimen democrático, eleva a la categoría de normas constitucionales los derechos fundamentales de las personas y establece mecanismos jurisdiccionales especiales para hacer efectivos dichos derechos (Corral Talciani, 2004, 47-48). Esto da lugar a un fenómeno de irradiación o permeabilidad de las normas de rango constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico, a la difuminación de los límites entre el derecho público y el derecho privado y al tránsito del Estado legalista o liberal clásico al Estado social de derecho, y en un período más reciente al denominado Estado constitucional.

La constitucionalización del derecho privado se puede ver materializada en dos ámbitos: la constitucionalización legislativa que corresponde a la reforma de las leyes para ponerlas a tono con el texto constitucional y la constitucionalización judicial, que es la vía hermenéutica donde la armonización se lleva a cabo a partir de la interpretación que realicen los jueces de los textos legales bajo los parámetros de la Constitución. Esta última admite también diferentes modalidades, se puede dar, ya sea a través del control de constitucionalidad de las leyes de derecho privado; mediante la resolución de controversias entre particulares en las que se encuentran comprometidos derechos fundamentales en ejercicio de la acción de tutela y, finalmente, está la “aplicación del criterio de interpretación llamado conforme a la Constitución, que consiste en privilegiar como lectura de un texto

legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales” (Corral Talciani, 2004, 53), dando lugar a una aplicación directa de las normas constitucionales, ya sea porque la ley presenta lagunas, porque la solución del derecho privado es injusta o atenta contra los derechos fundamentales o porque se encuentra frente a conceptos indeterminados o abiertos como orden público, buena fe, buenas costumbres, entre otros.

Si bien hay que reconocer que el modelo formalista debía ser superado, y que el Estado constitucional presenta ventajas, también hay que tener presente los retos y riesgos que impone su adopción (Herrera, 2011, 80-81). La seguridad jurídica es un principio angular en el derecho privado que se encuentra permanente amenazado por el proceso de constitucionalización, en la medida en que las normas y principios constitucionales son de naturaleza abierta, a diferencia de la especificidad de la regla de derecho privado y al someterse al vaivén de la interpretación constitucional puede dar lugar a lecturas que no atienden a la naturaleza de las instituciones del derecho privado, al incremento de la litigiosidad y el desaliento de la inversión y el desarrollo económico (Arrubla Paucar, 2010, 51).

En el presente capítulo se estudia cómo la constitucionalización del derecho privado crea una tensión permanente entre la libertad económica y otros derechos, en particular con los derechos ambientales, tensión que no admite una sentencia o solución general, sino que reclama un estudio profundo de los derechos en juego con el propósito de no afectar sus núcleos esenciales y finalmente hacer la ponderación en cada caso concreto con la complejidad que esto representa. Pero, para tener claridad del problema jurídico propuesto, se debe hacer un acercamiento previo a la libertad económica, su consagración constitucional y cómo el derecho colectivo a un ambiente sano ha venido a constituirse en un limitante adicional.

La libertad económica

Para entender cómo se encuentra consagrada la prerrogativa de los particulares para generar riqueza y autorregular los medios de circulación de bienes y servicios, se debe acudir en un primer momento al artículo 333 de la Constitución Política que dispone:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Se puede apreciar cómo el fundamento constitucional de la iniciativa privada contempla el derecho, más que por su contenido, por las cargas o funciones que impone el Estado social de derecho y que se ven representadas en los límites del bien común, la función social de la empresa, las responsabilidades de la libre competencia, el interés social, la protección del ambiente y del patrimonio cultural. Así lo ha expuesto de manera reiterada la jurisprudencia cuando manifiesta que nos encontramos bajo un modelo de *economía social de mercado* entendido como aquel “que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad

de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general” (Corte Constitucional, Sentencia C-228, 2010).

Se debe resaltar que la jurisprudencia ha hecho una labor importante para poder dotar de contenido la libertad económica, definirla, establecer su naturaleza, los límites y la forma de armonizarla con el modelo de Estado social de derecho⁵. Así, la Corte Constitucional manifestó que la misma se entiende como:

La facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. La libertad económica es el género de los derechos económicos que se despliega en los derechos a la libertad de empresa o iniciativa privada y la libertad de competencia.

La **libertad de empresa** comprende la facultad de las personas de (...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. Esta libertad comprende, entre otras garantías, **(i)** la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; **(ii)** la libre iniciativa privada.

La **libre competencia**, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones... esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: **(i)** la posibilidad de concurrir al mercado, **(ii)** la libertad de ofrecer las condiciones y ventajitas comerciales que se

5 Ver Corte Constitucional Sentencias: T-452 de 1992, C-265 de 1994, C-524 de 1995, C-398 de 1995, T-375 de 1997, C-624 de 1998, SU-157 de 1999, C-586 de 2001, C-616 de 2001, C-150 de 2003, C-865 de 2004, C-352 de 2009, C-228 de 2010, C- 263 de 2011, C-032 de 2017.

estimen oportunas, **(iii)** la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. (Sentencia C-263 de 2011).

En cuanto a la naturaleza, la jurisprudencia ha dejado claro que no se trata de un derecho fundamental toda vez que “las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-265, 1994), pero también ha aceptado que es viable reconocer su iusfundamentabilidad cuando entra en conexidad con otro derecho fundamental, esto último para reconocer que no se puede restringir arbitrariamente ni es factible impedir su ejercicio en condiciones de igualdad (Corte Constitucional, Sentencia SU 157, 1999). Así, se pone a tono la jurisprudencia con ciertas posturas del derecho comparado, en las cuales se asocia la libertad de empresa a derechos fundamentales como la libertad en general y a sus especies como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, la libertad de profesión y oficio, la libertad de circulación y locomoción, también por relación con el derecho a la propiedad y al trabajo (Sabogal Bernal, 2005, 4).

No se trata simplemente de un asunto de taxonomía académica, el reconocimiento de la iusfundamentabilidad de la libertad económica está directamente relacionada con la facultad-deber de intervención que tiene el Estado en la economía. Dependiendo de la posición que se adopte, los límites serán más o menos fuertes y, ante un eventual conflicto, se podrá afirmar por algunos que el derecho a la libertad económica siempre cede ante otros derechos; o, por el contrario, se podrá someter a un juicio de ponderación si por conexidad se entienden afectados derechos fundamentales.

Aunque se debe dejar claro que el verdadero alcance, contenido y naturaleza de la libertad económica va a estar determinada por los límites que se impongan a la misma y, además, se debe considerar el concepto de orden público que aparece como un término abarcante pero también difuso que amerita algún análisis⁶.

6 “la configuración definitiva del principio de autonomía de la voluntad vendrá dada por el contenido

Del orden público individual al orden público colectivo

La propiedad y la iniciativa privada, o la hoy denominada libertad económica en sus vertientes de libertad de empresa y libertad de competencia, siempre han sido derechos limitados. Como lo expone el profesor Fernando Hinestrosa (2014, 10), ni los propugnadores de un individualismo absoluto lograron materializar su fantasía de ver una libertad negocial que solo se viera obstaculizada por el derecho ajeno o por situaciones concretas previamente consagradas por el legislador. Esos límites han operado bajo el concepto de *orden público*, que no es unívoco, por el contrario, lograr un consenso sobre el contenido y el alcance del mismo ha sido un punto permanente de debate en la teoría de derecho (De La Fuente, 2003, 1).

En un primer momento, de acuerdo con el concepto liberal, el orden público comprendía un conjunto de principios contrarios al de libertad donde se procuraba armonizar los propósitos de la iniciativa privada con el interés general. Así, aparece el concepto con un tinte político bajo lo que la doctrina denomina el *orden público de coordinación*. Con el intervencionismo de Estado surge una subcategoría de orden público de carácter económico con la que se pretende, por un lado, que la iniciativa privada no vaya en contra del modelo económico establecido, *orden público de dirección*; y, por el otro, proteger la parte débil de la relación económica, *orden público de protección*. El principio solidarista, o la idea de solidaridad, también hizo su contribución al orden público, generando la subcategoría de *orden público social*, que genera un tránsito del concepto del derecho subjetivo y del contrato otorgándoles una función social y empieza a incorporar el concepto de bien común, transformando sustancialmente el alcance de orden público, en la medida que ya no se toma exclusivamente en sentido negativo, como un límite a la iniciativa privada, sino que también asume un aspecto positivo, que impone obligaciones positivas a

que los jueces otorguen al orden público en un lugar y en un tiempo dados” (Sozzo, 2007, 357)

los particulares. Finalmente, fruto del fenómeno de la constitucionalización aparece el *orden público constitucional*, que implica encontrar los límites de la iniciativa privada ya no solo en los códigos y las normas de derecho privado sino en las normas y principios de naturaleza constitucional (Sozzo, 2007).

A partir de la década de los 60, teniendo como hito la conformación del Club de Roma y la Declaración de Estocolmo, las problemáticas ambientales entraron en el centro de preocupaciones sociales y consecuentemente la preservación y protección del medio ambiente se incorporó como una cuestión de interés general, ocupando un lugar preponderante en la delimitación del orden público. La mayoría de las constituciones actuales consagran el derecho a gozar de un ambiente sano (Constitución Política, artículo 79), el deber de cuidar y preservar las riquezas naturales (Constitución Política, artículo 8), la función del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (Constitución Política, artículo 80). En lo que corresponde a la libertad económica se expresa que la misma tiene una función social que implica obligaciones y que puede ser limitada cuando así lo exija el ambiente (Constitución Política, artículo 333) lo que le permite al Estado intervenir para la preservación del ambiente (Constitución Política, artículo 334).

Este nuevo estado de cosas, no permite concebir el orden público solo desde una perspectiva negativa e individual. La protección del ambiente y los recursos naturales, los principios en que se inspira, conllevan a una reconfiguración del orden público que no solo limita derechos sino que también impone cargas y que impide visibilizar el contrato y la iniciativa privada en los términos individualistas que le dieron origen. Confluyen en el texto constitucional derechos sobre bienes individuales y colectivos. No basta con aceptar de manera pacífica que el medio ambiente debe ser objeto de protección y conservación, hay que ser conscientes de los costos que esa protección reclama y que se traducen en un ejercicio

restringido de la libertad. La naturaleza difusa o supraindividual también genera el reto de determinar quién asume las cargas, las cuales encontrarán, finalmente, su fundamento en el *orden público ambiental o colectivo*.

Se tiene entonces que la relevancia del orden público se encuentra en que al ser un concepto abierto o difuso, da lugar a la aplicación directa de la Constitución por vía de interpretación judicial, no siendo una novedad que sea el juez quien dote de contenido al orden público en cada caso concreto, sino que el juez se encuentra, como nunca, ante una pluralidad de fuentes y una proliferación de derechos que complican su labor hermenéutica y la resolución de conflictos. El traslado del juicio de subsunción al de ponderación no admite una regla general de subordinación de unos derechos frente a otros, sino que la decisión deberá procurar la optimización de ambos e impondrá al operador jurídico una carga de argumentación para admitir el sacrificio de un derecho a favor de otro y eso dependerá del alcance que le dé al orden público.

Los derechos colectivos y los derechos de acceso

Entendido el alcance de la libertad económica en un modelo de Estado social de derecho, o al menos los criterios que existen para su determinación; pasamos a profundizar en dos temas que tienen íntima relación, los derechos colectivos y los derechos de acceso. Esto permitirá tener los elementos necesarios para comprender el conflicto de derechos objeto del presente trabajo. Los derechos colectivos, se entienden, acudiendo a la jurisprudencia comparada como los que tienen por:

Objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero

en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. (Caso Halabi, 2009).

Como puede apreciarse se trata de facultades que no se pueden atribuir a un sujeto considerado individualmente. “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” (Aguirrezabal Grüntein, 2006).

En materia ambiental esto se encuentra en armonía con expresiones como el ambiente es un patrimonio común o universal, o el ambiente es de todos, que no solo hace difuso el derecho a gozar de un ambiente sano sino las responsabilidades de su conservación y protección y que “facultan para exigir del Estado, de los individuos y del sector privado, el cumplimiento de ciertas normas y el respeto de ciertas situaciones jurídicas que benefician a la colectividad” (Vásquez Cárdenas y Montoya Brand, 2012).

Con el propósito de dotar de eficacia material estos derechos se han puesto a disposición de todos los sujetos los denominados derechos de acceso, que encuentra su origen en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que establece lo siguiente:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de

que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (Naciones Unidas, 1992).

Se habla entonces del derecho de acceso a la información ambiental, el derecho de acceso a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales (Naciones Unidas- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018). Esto, aunado a los modelos de democracia participativa, genera un radio de acción por parte de los ciudadanos mucho más amplio que aquel que se encontraba referido exclusivamente a procesos electorales decisorios propios de la democracia representativa. Hoy la participación puede ser política, administrativa o judicial, y el ciudadano o las personas en general están dotados de mecanismos directos de participación que pasan por diferentes estadios como la información, consulta, iniciativa, fiscalización, concertación, decisión y gestión.

En el ámbito internacional, existen diversos instrumentos que procuran una verdadera materialización de los derechos de acceso en materia ambiental. Se encuentra el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente suscrito en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998, para la Comisión Regional Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) y que fue aprobado para la Comunidad Europea el 17 de febrero de 2005 por medio de Decisión del Consejo 2005/370/CE. También se encuentra la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003

por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente. En nuestra región se encuentra el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018, pero que se encuentra pendiente de la ratificación por parte de los Estados.

La Constitución Política de Colombia atiende al principio 10 en sus tres manifestaciones. El artículo 23 consagra el derecho de petición y el 74 el derecho a acceder a los documentos públicos, el artículo 79 dispone que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente y el artículo 88 eleva al rango constitucional la acción popular como el medio judicial por excelencia para la defensa de los derechos colectivos. Disposiciones que han sido ampliamente desarrolladas en el plano legislativo, en especial a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993 que en su capítulo X, contiene los “Modos y Procedimientos de Participación Ciudadana”, estableciendo que cualquier persona, sin necesidad de demostrar interés jurídico, tiene derecho a participar en las decisiones y procedimientos que puedan afectar el medio ambiente. Pero también se encuentran La ley 472 de 1998 que regula las acciones populares, la Ley 1712 de 2014 sobre Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y la Ley 1755 de 2015 que regula el Derecho Fundamental de Petición. Pero ante el difuso panorama de fuentes a que nos expone el Estado constitucional, no es posible abarcar el derecho de acceso a la información solo a partir de la normativa ambiental, en materia internacional, en el contexto regional, la Convención Americana de Derechos Humanos, y su posterior interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido y desarrollado el derecho de acceso a la información en el marco de la libertad de pensamiento y de expresión, contenido en el artículo 13 numeral 1:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

También se encuentra Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión su 108º período ordinario de sesiones en octubre del año 2000 y en el principio 4 dispone:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

El secreto empresarial

Las innovaciones que se generan en el campo artístico o industrial son fruto de un esfuerzo personal, y aunque su intangibilidad ha sido un reto constante para que el derecho se convierta en un instrumento efectivo de protección, no se puede negar que son esas innovaciones las que han dado lugar a la sociedad que hoy conocemos y que los avances que esperamos a futuro en nuestros sistemas económicos, sociales y culturales son directamente dependientes de ellas.

No se puede cuestionar que el secreto empresarial sea objeto de protección como uno de los elementos integrantes de la propiedad industrial. En este campo el régimen jurídico se encuentra en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones en los artículos 260 a 266. Se define el secreto empresarial en el artículo 260 que dispone:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

El secreto empresarial no está sujeto a registro y eso implica que “empieza desde que la información se encuentra asegurada con las medidas pertinentes para su no divulgación y que cumpla con los requisitos establecidos en la Decisión 486 de 2000” (Buendía, Nájera y Quiroz, 2017, 49).

La protección se materializa mediante la limitación de los terceros de esa información sin autorización de su titular, y su violación implica responsabilidades de orden administrativo bajo la Ley 256 de 1996 por la configuración de actos de competencia desleal (artículo 16); de orden penal por transgredir el orden económico y social, artículo 308 de la Ley 599 de 2000⁷, que contiene el tipo de violación de reserva industrial o comercial; de orden civil por las lesiones

7 Modificada por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, que aumentó sus penas.

patrimoniales en virtud del artículo 2341 de Código Civil. Hay quienes considera que en el ámbito laboral también existe un régimen de protección en la medida que el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo “comporta como obligación especial del trabajador la no divulgación de la información de naturaleza reservada o que pueda causar un perjuicio al empleador” (Lizarazu, 2014, 351).

En cuanto el régimen de reserva que se predica del secreto empresarial y su configuración como límite al derecho de acceso a la información, se encuentra funda en la Ley 1712 de 2014 sobre transparencia y derecho a la información pública nacional, que en el artículo 18 dispuso:

Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales...

Parágrafo. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable.

El otro fundamento legal se encuentra en la Ley Estatutaria 1755 de 2015 sobre el derecho fundamental de petición que en su artículo 24 dispone:

Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.

La Corte Constitucional en sentencia C-951 de 2014 llevó a cabo el examen previo de constitucionalidad de la reserva del secreto empresarial, encontrándolo ajustado a la Constitución Política:

Como se advierte, el fundamento de la reserva consagrada en el numeral 6 radica en que las hipótesis previstas aluden a información vital para cualquier empresa o comerciante, en tanto manifestaciones de saberes cuya reserva representa protección de su actividad económica o industrial, especialmente, en relación con posibles competidores. Se trata de una garantía del derecho a la libre competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución, en la medida en que el secreto comercial e industrial configura una de las concreciones de la libertad económica y a la libre empresa reconocidas por la Carta Política.

Al ser este el concepto enunciado en el numeral 6 del artículo 24, encuentra la Sala un fundamento suficiente para que el mismo se consagre como una de las excepciones a la regla general de acceso a la información pública, pues, como se observa, su reserva tiene como propósito brindar mecanismos para la protección de derechos constitucionales como la libre iniciativa privada, así como la libre actividad y competencia económicas (artículo 333 de la Constitución). La Corte coincide con el concepto fiscal, en cuanto permitir la divulgación de los secretos comerciales e industriales, desconocería un aspecto esencial de la garantía efectiva a estas libertades constitucionales, al beneficiar sin justificación legítima a los competidores, con una información que no les es propia. (Corte Constitucional, Sentencia C-951, 2014).

El conflicto de derechos a partir de un estudio de caso

De acuerdo a lo estudiado está claro que la relación entre el derecho de acceso a la información y el secreto empresarial se enmarca en la dinámica cotidiana del tacto de codos, pero es en el terreno de lo concreto donde se visualizan con más claridad los conflictos que se suscitan entre los diferentes tipos de derechos. Es sencillo afirmar en abstracto que el derecho de acceso a la información podría colisionar eventualmente con el derecho a la libre competencia económica; pero el mismo solo se puede analizar a partir de las complejidades que se presentan en el plano real. Por ello, a continuación, se presentarán dos casos, uno en el plano internacional que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otro en el plano interno resuelto por el Consejo de Estado.

El caso Claude Reyes y otros vs. Chile

Los hechos que sustentan la sentencia acaecieron entre el mes de mayo y el mes de agosto 1998, cuando los ciudadanos Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero elevaron solicitud a la Comisión de Inversiones Extranjeras⁸ para el otorgamiento de información relacionada con el Forestal Trillium Limitada y el Proyecto Río Cóndor, proyecto que se ejecutaría en una región chilena y que presuntamente sería perjudicial para el medio ambiente, consistente en el diseño, construcción y operación de un complejo forestal integrado. El acceso a la información fue fragmentario, pues la Comisión solo resolvió cuatro de los siete requerimientos de los ciudadanos, arguyendo que no poseía información sobre

8 Testimonio propuesto por el Estado de Andrés Emilio Culagovski Rubio; 57.2.3: El Comité de Inversiones Extranjeras “es una persona jurídica de derecho público, funcionalmente descentralizada, con patrimonio propio, domiciliada en la ciudad de Santiago, que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”. Además, “es el único organismo autorizado, en representación de [...] Chile para aceptar el ingreso de capitales del exterior acogidos al Decreto Ley [N° 600] y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos”.

dos de las solicitudes hechas, y sobre la tercera “consideró de carácter reservado la información referida a terceros y en general los aspectos particulares del proyecto, por tratarse de antecedentes de carácter privado que, de hacerse públicos, podrían lesionar sus legítimas expectativas comerciales, sin que existiera fuente legal que permitiera su publicidad” (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 39). Esto ocasionó una serie de actuaciones administrativas y judiciales dentro del Estado chileno, que concluyeron con la imposibilidad de la reclamación del derecho de acceso a la información, y que permitieron el ingreso de la demanda al sistema interamericano, agotando primero el trámite ante la Comisión Interamericana, y concluyendo con la sentencia del 19 de septiembre del año 2006.

La Corte llevó a cabo el análisis del caso en el marco del acceso a la información, contenido en el artículo 13 de la Convención enmarcado en el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Es decir, se advierte que el principio 10 de Río de Janeiro y los derechos de acceso antes referenciados, no fueron tenidos en cuenta en la decisión, aunque están directamente relacionados con el problema jurídico. En desarrollo de lo anterior, el Tribunal se ocupa de establecer el sentido y alcance del derecho al acceso a la información pública en el caso concreto arriba expuesto, y dentro de las consideraciones de la sentencia explícita:

En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. 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. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo

en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea (CIDH, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006, 43).

Nótese que el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, es un derecho comprendido dentro del derecho de libertad de pensamiento y expresión, por medio del cual se garantizan otros derechos como el de la participación democrática a través del ejercicio del control que debe ejercer la sociedad sobre el Estado, quien además tiene la obligación correlativa de disponer la información solicitada, bien sea:

a) Mediante el flujo continuo que hace el Estado a través de los intermediarios (medios masivos de comunicación) o bien a través de la publicidad propia del poder estatal mediante la publicación de determinados actos como las leyes o las sentencias. En esa dinámica el derecho a la información cobra vida pues genera la exigencia de recepción de información y, b) mediante el ciudadano que acude directamente con el Estado a exigir la entrega de determinada información para con ello poder inundar lo público. En este caso el derecho de acceso a la información será el actor principal (Tenorio, 2017, 81).

Bajo la estructura de los derechos subjetivos se puede decir que el sujeto titular del derecho es toda persona, sin tener que acreditar calidad alguna, el objeto o materia sobre la cual versa el derecho es la conducta que debe ejecutar el Estado (sujeto pasivo) proporcionando o disponiendo la información que se encuentra bajo su tutela; y la base justificatoria del derecho, que residen en el hecho de pertenecer al género humano (Massini, 2005, 91).

Junto con lo anterior, pueden configurarse ciertas restricciones o salvedades en relación con este derecho, algunas de ellas explicitadas de manera genérica en el mismo artículo 13 de la Convención en el numeral segundo, literales a y b, estableciendo como requisito para su restricción dos criterios, el primero de ellos la reserva de ley en esta materia, es decir, solo la ley en sentido formal, la emanada por el órgano legislativo del Estado, puede prever o establecer restricciones, esto es, “deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público” y “dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 47). En segundo término, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública” (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 47). Por último, se debe cumplir con los principios de necesidad, conducencia y proporcionalidad, buscando que la restricción sea equivalente al interés que lo justifica, que puede ser un interés público o la protección de otros derechos, como la honra, la intimidad, o en el caso de las personas jurídicas, el secreto industrial o empresarial; además, que no exista otro medio más adecuado (diferente a la reserva o restricción) para alcanzar el legítimo objetivo. Así, las restricciones no pueden ser arbitrarias y discrecionales por parte del Estado, por el contrario, bajo el principio de máxima divulgación, se presume que toda la información bajo la tutela del Estado, es accesible (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 47). En el evento en el cual, una información haya sido restringida o reservada, por los motivos descritos, y se solicite por cualquier persona, acceso a la misma, el Estado deberá motivar y argumentar su negativa a la solicitud, sin que con ello se presente una violación al derecho fundamental. Reviste importancia esta carga argumentativa impuesta

al Estado, quien debe “demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos” (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 47).

Volviendo al caso, la conculcación al derecho a la libertad de expresión de los señores Claude Reyes y Longton Guerrero, se actualizó “al no recibir la información solicitada, ni una contestación motivada sobre las restricciones a su derecho al acceso a la información bajo el control del Estado” lo que desencadenó la imposibilidad de realizar un control social a la gestión pública (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 48). Por lo anterior es que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó sobre el derecho al acceso a la información:

El derecho de acceso a la información contempla una serie de condiciones normativas para su adecuada implementación y garantía. En efecto, como lo han establecido la Corte Interamericana y la CIDH, para que se entienda que dicho derecho se encuentra realmente garantizado es necesario, entre otros: (a) que las leyes que lo regulan aseguren la garantía de este derecho para todas las personas, sin discriminación y sin necesidad de manifestar interés alguno; (b) que todos los órganos estatales de todas las ramas del poder y de todos los niveles de gobierno, así como quienes ejecuten recursos públicos o presten servicios públicos esenciales para la comunidad, se encuentren obligados; y finalmente, (c) el objeto del derecho debe ser regulado de manera adecuada de forma tal que no existan exclusiones arbitrarias o desproporcionadas. (CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2011, 31).

En cuanto al derecho de empresa y la protección del derecho empresarial, hay que tener en cuenta las motivaciones que tuvo el Estado chileno para negar el acceso a la información, que fueron presentadas en la prueba testimonial de descargo rendida por la abogada del Comité de Inversiones Extranjeras Liliana Guiditta Machiavello Martini, quien afirmó que la información solicitada se había considerado de carácter reservado porque refería “a terceros cuya entrega pudiera

constituir un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de manera irresponsable el resultado de las actividades de los inversionistas en Chile”, y aludió a otras actividades “consideradas de carácter reservado, como los antecedentes comerciales, la propiedad intelectual o industrial, el uso de tecnología” (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 10). En similar sentido se pronunció el señor Eduardo Moyano Berríos, quien se desempeñó como Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras entre los años 1994 a 2000, al manifestar que el Comité no suministró parte de la información solicitada correspondiente a “antecedentes financieros propios de la empresa teniendo presente que la entrega de aquellos antecedentes iba contra el interés colectivo”, el cual era “el desarrollo del país”; agregando que “No podía darse el caso de que las empresas extranjeras que acudían al Comité de Inversiones Extranjeras tuvieran que hacer pública de esa forma información financiera, que podía ser muy relevante para ellos en relación a su competencia y, por lo tanto, ello podría inhibir el proceso de inversión extranjera” (CIDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, 16).

Se debe destacar de este fallo, a) el reconocimiento del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, b) Se acepta que es un derecho que puede estar sujeto a limitaciones o excepciones, entre las que tiene cabida el secreto empresarial, c) establece que las excepciones están sometidas al principio de reserva legal y la carta de motivación para no vulnerar el derecho y por ende no pueden ser resultado de decisiones discrecionales o arbitrarias, d) que no es necesario acreditar interés jurídico directo o un perjuicio para poder acceder a la información, d) se considera que la Corte no aprovechó la oportunidad de analizar las razones esgrimidas por el Estado chileno, pues dejan al descubierto un eventual conflicto de derechos como lo son, el de la libertad de información, por un lado, y por otro, los derechos de la libertad de empresa, libertad de competencia, o el derecho al desarrollo⁹.

9 Sobre el derecho al desarrollo véase Castellanos y Gómez (2014).

Caso María C. Ferrucho vs. Tribunal Administrativo de Antioquia

El 15 de marzo de 2018 el Consejo de Estado emitió sentencia en acción de tutela contra providencia judicial, promovida por María Cristina Ferrucho contra el Tribunal Administrativo de Antioquia. Los hechos que dieron lugar a la acción de tutela son los que se describen a continuación.

El 9 de noviembre de 2015 María Cristina Ferrucho Porras, en ejercicio del derecho de petición, solicitó copia de todo el expediente del trámite de licencia ambiental de la empresa Suministros de Colombia S.A.S. para la construcción de una planta productora de cementos “Paraje Ríos Claro”. La autoridad ambiental, Corporación Autónoma Regional de los Ríos Negro y Nare -CORNARE- dio respuesta al derecho de petición pero manifestó que parte de la documentación estaba catalogada como información pública clasificada y reservada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1755 de 2015. Esta respuesta dio lugar a la presentación del recurso de insistencia y cumplido el trámite, en Sentencia del 18 de abril de 2016 el Tribunal Administrativo de Antioquia no aceptó la petición de insistencia acogiendo los argumentos de la Corporación. Ante la decisión del Tribunal, la peticionaria ejerció la acción de tutela contra providencia judicial por defecto sustantivo al aplicar la Ley 1712 de 2014 frente una información que versa sobre la explotación de recursos naturales y la generación de impactos ambientales y que por tal razón no tiene carácter de clasificada.

Son varios los aspectos a destacar del pronunciamiento del Consejo de Estado, en primer lugar, reconoce el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, aunque se extraña que tratándose de un conflicto de naturaleza ambiental no se haya hecho referencia al principio 10 de Río de Janeiro, a los tratados internacionales o a las normas nacionales que regulan la materia. En su lugar, el fallo remite al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y

al Principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos.

El Consejo de Estado se acoge a los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información que fueron recogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Games Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) en sentencia del 24 de noviembre en los siguientes términos:

Toda persona tiene el derecho a recibir la información solicitada y el Estado la obligación positiva de suministrarla, de tal manera que en caso de que haya limitaciones en el acceso se brinde una respuesta fundamentada para el caso concreto; (ii) no se requiere acreditar un interés directo o una afectación personal para que la información sea entregada, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción; (iii) la entrega de la información puede permitir que la misma circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla; (iv) el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y (v) el acceso a la información contiene dos dimensiones: la individual y la social que deben ser garantizadas per el Estado de manera simultánea. (Consejo de Estado. María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia, 2018, 18).

En cuanto a la funciones que cumple el derecho de acceso a la información, se recoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-274 de 2013 sobre la materia así:

La Corte Constitucional ha determinado que el derecho de acceso a la información pública cumple tres funciones: **primero**, garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos; **segundo**, posibilitar el ejercicio de otros derechos constitucionales al permitir conocer las condiciones necesarias para su realización; y **tercero**, garantizar la transparencia de la gestión pública, al constituirse en un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal.

En segundo lugar, la Corte reconoce que el derecho de acceso a la información no es ilimitado y que por tanto admite restricciones. Apoyándose en la Sentencia C-491 de 2007 establece que esas restricciones están sometidas al cumplimiento estricto de unos requisitos¹⁰, a saber: a) Debe haber consagración legal expresa y precisa de la restricción en la ley, de lo contrario tiene vigencia plena el derecho a la información, b) La ley que contiene la restricción debe ser precisa y clara al definir el tipo de información que puede ser objeto de reserva y las autoridades que pueden establecer tal información, c) la autoridad administrativa que se niegue a suministrar la información solicitada, deberá motivar de manera suficiente su decisión e indicar de manera precisa el marco normativo expreso en el que se sustenta la reserva, d) la interpretación de la norma que contiene la reserva debe ser restrictiva y e) la reserva sólo será constitucionalmente legítima si se sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (CIDH, *María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia*, 2018, 16).

En tercer lugar, analiza en particular la reserva referida al secreto empresarial con fundamento en el numeral 6 del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo¹¹ y el literal c) del artículo 18 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, y reconoce que el fundamento de la reserva alude a información vital para cualquier empresa o comerciante, cuya reserva representa protección de su actividad económica o industria y por tanto admite

10 Se advierte que en sentencia C-951 de 2014 se suman otras condiciones: “Una restricción del derecho de acceso a la información pública solo es legítima cuando: (i) está autorizada por la ley y la Constitución; (ii) la norma que establece el límite es precisa y clara sobre el tipo de información sujeta a reserva y las autoridades competentes para aplicarla, de tal modo que excluya actuaciones arbitrarias o desproporcionadas; (iii) el no suministro de información por razón de estar amparada con la reserva, debe ser motivada en forma escrita por el servidor público que niega el acceso a la misma; (iv) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) la reserva debe ser temporal, por lo que la ley establecerá en cada caso, un término prudencial durante el cual rige; (vi) existen sistemas adecuados de custodia de la información; (vii) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; (viii) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información”.

11 Sustituido por la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que reglamenta el derecho fundamental de petición.

restricción al acceso a la denominada “información pública clasificada”, la cual puede ser negada mediante decisión motivada, cuando pudiere causar un daño a los secretos comerciales e industriales. (Consejo de Estado, María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia, 2018, 19).

En cuarto lugar, manifiesta que al ser el derecho de acceso a la información un derecho fundamental es legítimo acudir a la acción de tutela como mecanismo de protección cuando la entidad administrativa no se funda en una verdadera reserva legal.

En quinto lugar, el Consejo de Estado toca un aspecto central del problema jurídico y es establecer la naturaleza de los Estudios de Impacto Ambiental para determinar si sobre los mismos se puede predicar la reserva y por tanto configurarse en una limitante al derecho de acceso a la información. Al respecto el Tribunal expuso:

El estudio de impacto ambiental es un documento fundamental en el que se ampara la autoridad ambiental para definir si accede o no a una licencia o permiso ambiental, o que le permite precisar las condiciones en que dicho licenciamiento puede ser habilitado por el Estado a fin de evitar daños ambientales y que los posibles impactos que se generen sean debidamente mitigados. Se trata, entonces, de un documento público al que se debe garantizar su acceso como una expresión de la prevalencia del interés general, del derecho de participación ambiental, de la protección al ambiente y del principio de publicidad en el que se sustenta la función administrativa. (Consejo de Estado, María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia, 2018, 21).

Esta afirmación es de una trascendencia mayúscula en la medida que en principio impide someter a reserva el Estudio de Impacto Ambiental, aunque contenga información que cumpla con los requisitos del secreto empresarial. En la *ratio decidendi* reconoce que no todo el expediente ambiental está sujeto al derecho de acceso a la información y que puede operar la reserva frente algunas piezas, pero excluye de manera expresa el Estudio de Impacto Ambiental. Nos

permitimos transcribir en extenso los argumentos del Consejo de Estado por la relevancia que tienen para el objeto de estudio:

La Sala observa que si bien dicha norma (artículo 74 de la ley 99 de 1993) faculta a todas las personas a presentar peticiones de informes relacionadas con temas ambientales, esta normativa no define el carácter público de los documentos ambientales, ni determina la obligación dentro de los trámites de licencia ambiental de publicar los informes sin reserva alguna. No implica ello, entonces, que toda la información que repose en un expediente ambiental pueda ser de público conocimiento pues como lo establece el numeral 6 del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, están sujetos a reserva las informaciones o documentos protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

Empero, no ocurre lo mismo en lo que toca con el estudio de impacto ambiental, el cual debe ser entendido como instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental, documento que se exige en todos los casos en los que se requiera licencia ambiental de conformidad con la ley, y en el que se deben precisar las características y el entorno del proyecto, obra o actividad, lo que supone la inclusión o desarrollo de información de interés general que en nada comprometería el secreto industrial, en tanto no contiene información vital ni saberes especializados que puedan afectar una determinada actividad económica.

El artículo 24 de la Ley 1755 de 2014, clasifica de manera puntal la información de carácter reservado, dentro de la que no se encuentra de manera expresa el estudio de impacto ambiental, por lo que su acceso es de interés general, lo que permite garantizar, por ejemplo, un adecuado control social en el desarrollo de proyectos industriales o megaproyectos que pueden generar irreversibles daños ambientales que no sería posible evitar bajo el argumento de que se trata de documentos con reserva. Tampoco pueden ser catalogados estos documentos como información pública clasificada y reservada en los términos de la Ley 1712 de 2014, pues por

la propia naturaleza de los estudios de impacto ambiental se desvirtúa cualquier posibilidad de reserva sobre los mismos. Valga recordar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que las reservas de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva, lo que supone que, ante la ausencia de mención expresa en la ley o que se pueda entender comprendida dentro de una de las categorías generales previstas por el legislador, lo que se debe privilegiar es el acceso. Bajo esa consideración, la reserva debe obedecer a un fin constitucionalmente legítimo, importante e imperioso, y que la restricción:

Sea razonable y proporcionada. En el caso bajo estudio, no se reúnen esas condiciones. Todo lo contrario, la entrega del estudio de impacto ambiental a la accionante persigue como fin constitucionalmente legítimo el acceso a la información en su dimensión individual y social, es importante porque se habilita la participación de la comunidad en decisiones que atenten contra la protección del ambiente, e imperiosa porque su conocimiento previo puede evitar la consumación de daños no solo ambientales, sino también para la humanidad. De ahí que su restricción sea irrazonable y desproporcionada. Como no se evidencia norma precisa que permita rechazar el acceso a la información que contiene el estudio de impacto ambiental pedido por la accionante, como condición que ha previsto la jurisprudencia constitucional y los estándares del derecho internacional, para la Sala es claro que el acceso a dicho documento se debió garantizar. (Consejo de Estado, María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia, 2018, 25-27).

Hasta aquí parece claro que para el Consejo de Estado no es posible someter a reserva los Estudios de Impacto Ambiental, pero al final del considerando expuso:

Respecto de la información sensible que Ecocementos S.A.S. indica, hace parte del estudio de impacto ambiental, esta Sala encuentra oportuno precisar, que dicha información puede ser suprimida del estudio del impacto ambiental, pues como se explica en el acápite anterior, la finalidad de la publicidad de dicho estudio corresponde a que se dé a conocer la “localización del proyecto, los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por

la respectiva obra o actividad”, sin que ello implique que se deba revelar o que se ponga en riesgo el secreto industrial o comercial. (Consejo de Estado, María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia, 2018).

Con esto se admite la reserva de los apartes del Estudio de Impacto Ambiental que cumplan con las condiciones del secreto empresarial. Sin embargo, hay que señalar que en el caso nunca se indagó si tales condiciones se reunían, es decir, ni la autoridad ambiental ni el juez constitucional verificaron, o por lo menos dejaron expuesto en el expediente que se tratara de información secreta, que tuviera valor comercial y, finalmente, que frente a la misma su titular haya tomado las medidas adecuadas para mantenerla bajo reserva. Pues sin esto no se puede admitir alguna restricción al derecho de acceso a la información. También se extraña que no se hubiese hecho el análisis del artículo 262 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina que dispone que “no se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad”, pues se consideraba de relevancia para resolver el conflicto.

Conclusiones

En los fallos estudiados se evidencia el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, tanto por vía legislativa como judicial, porque ha requerido que la ley sea interpretada y aplicada en un caso concreto estableciendo de esta manera el sentido y alcance de los derechos constitucionales fundamentales, creando norma regla consistente en: los Estudio de Impacto Ambiental son documentos públicos de libre acceso exceptuando la información que cumpla con las condiciones del secreto empresarial, caso en el cual, dicha información podrá ser reservada, siempre

y cuando la exclusión se haga de manera motivada y responda a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Las garantías del derecho constitucional de acceso a la información ambiental se podrían actualizar a través de los mecanismos de orden administrativo, como por ejemplo el derecho de petición, situación en la cual el ente público que tiene bajo su tutela la información solicitada debe argumentar bajo los criterios convencionales y constitucionales su eventual negativa al suministro de la información solicitada. De no cumplirse con estas obligaciones se activarían los mecanismos de defensa judicial de jerarquía constitucional como la acción de tutela, que para este caso pretendería proteger un derecho social, económico y cultural considerado como fundamental.

La constitucionalización del derecho privado exige relativizar el concepto de seguridad jurídica que surgió con la codificación en virtud de la pluralidad de fuentes dentro de las cuales se destaca la labor del juez constitucional y las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales. Esto conlleva a que los operadores jurídicos deban recurrir a las decisiones tomadas por los órganos de cierre, en especial, la Corte Constitucional, al establecer el sentido y alcance de un precepto constitucional en un caso concreto, así como, las decisiones tomadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer el sentido y alcance de un precepto convencional, las cuales crean normas reglas, o normas principio que son vinculantes.

En los casos estudiados se dibuja claramente el conflicto de índole constitucional que surge en virtud de la colisión de los derechos de acceso a la información y libertad de empresa mediante la salvaguarda del secreto empresarial. Clara expresión de la constitucionalización del derecho privado. Decisión salomónica toma el Consejo de Estado al acoger parcialmente las argumentaciones de la tutelante y parcialmente los fundamentos del tercero interviniente de Ecocementos en la medida que determina de manera contundente que los Estudios de Impacto

Ambiental son documentos públicos no susceptibles de reservas, trayendo como consecuencia la publicidad y el acceso de la información en él contenido; pero se ocupa de salvaguardar el secreto empresarial al reconocer que se puede excluir la información sensible que ponga en riesgo el secreto industrial o comercial. Argumento similar al presentado por los testigos de descargo en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile arriba referenciado.

Referencias

- Aguirrezábal Gruntein, M. (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 69-98.
- Arrubla Paucar, J. (2010). La constitucionalización del derecho privado. *Nuevo Derecho*, 5(7), 47-73.
- Blanco, J. (2015). República y economía: un análisis de la relación siempre conflictiva, y acaso antagónica en el límite, que se da entre un sistema económico de libre mercado y la institucionalidad política democrática. *Sociología Histórica*, (5), 471-508.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.
- Buendía, A.; Nájera, A. y Quiroz, A. (2017). Régimen de protección del secreto empresarial en Colombia. *Actualidad Jurídica*, (10), 45-53.
- Castellanos, J. C. y Gómez, M. (2014). El desarrollo como derecho: una perspectiva histórica de su consagración jurídica internacional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 503-526.
- Comisión Interamericana de derechos humanos. (CIDH). (2011). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/acceso_informacion.asp.
- Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina. (2009). Caso Halabi vs. Poder ejecutivo nacional. Fallo 332:111. Ley 25873. Dec. 1563/2004
- Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2006). Claude Reyes y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Corral Talciani, H. (2004). Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado. *Derecho Mayor*, (3), 47-63.
- De La Fuente, H. (2003). *Orden público*. Buenos Aires: Astrea.
- Herrera, D. (2011). El nuevo paradigma del derecho y su influencia en el derecho privado. En J. Conte-Grand. *Estudios del Derecho Civil con motivo del Bicentenario*. (49-99). Buenos Aires: El Derecho.
- Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada de la voluntad. *Revista de Derecho Privado*, (26), 5-39.
- Lizarazu, R. (2014). *Manual de Propiedad Industrial*. Bogotá: Legis.
- Locke, J. (2003). *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Editorial Porrúa .

- Mantilla Espinosa, F. (2007). La constitucionalización del Derecho Privado. *Revista oficial del poder judicial*, 1(2), 245-262.
- Consejo de Estado. (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. María C. Ferrucho vs Tribunal Administrativo de Antioquia.
- Massini, C. (2005). *Filosofía del Derecho* (Vol. I). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil.
- Naciones Unidas. (1992). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil.
- Naciones Unidas. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Costa Rica: Escazú.
- Naciones Unidas. (ONU). (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Quijano, A. (2014). *Textos de fundación*. Argentina: Signo.
- Sabogal Bernal, L. F. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-18.
- Sanín, R. (2011). *Teoría Crítica Constitucional*. Quito: Risper Graf.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-228.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-263.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-265.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-951.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU- 157.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-153327.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-152413
- Sozzo, G. (2007). Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos (del orden público al principio cosmopolita en el derecho privado). *Revista de derecho privado y comunitario—orden público y buenas costumbres*, (3), 349-417.
- Tenorio, G. (2017). El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 79-99.
- Vásquez Cárdenas, A. y Montoya Brand, M. (2012). Lo colectivo en la constitución de 1991. *Cuadernos De Investigación*, (6).

GIURISDIZIONE PER PRINCIPI E CERTEZZA DEL DIRITTO

ENRICO SCODITTI¹

Sommario

La diretta applicazione da parte dei giudici comuni dei principi costituzionali, laddove manchi la disciplina legislativa del caso, solleva interrogativi sul piano della prevedibilità del diritto e del peso degli orientamenti soggettivi di valore, interrogativi riconducibili al più ampio dibattito su democrazia e costituzionalismo. Quando il giudice risolve la controversia mediante il bilanciamento dei principi costituzionali in relazione alle circostanze del caso, o mediante la concretizzazione di clausole generali, egli si appella al bilanciamento ideale o all'ideale di norma contenuto nella clausola generale. Allo scopo di garantire la sicurezza giuridica, quale elemento fondamentale dello Stato di diritto, deve riconoscersi che, in sede di giurisdizione per principi o per clausole generali, è operante anche nei sistemi di *civil law* la regola dello *stare decisis*. Un esempio di diritto del caso concreto, dove

1 Magistrado de la Corte de Casación de Italia

trova applicazione la regola della vincolatività del precedente giudiziario, è quello del contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte.

Parole chiave: Giurisdizione, principi, bilanciamento ideale, sicurezza giuridica, *stare decisis*.

Introduzione

240 | Dopo le costituzioni del Novecento la forma del diritto nell'Europa continentale non è più circoscrivibile allo schema della fattispecie legale, con cui Max Weber l'aveva fatta coincidere nelle grandi pagine di *Economia e società*. Per Weber la moderna razionalità formale risponde alla logica dei mezzi, non dei fini, e nell'ambito di tale razionalità il diritto deve rispondere a requisiti di prevedibilità e calcolabilità quale strumento al servizio della moderna economia capitalistica. Lo schema della fattispecie, quale sussunzione del caso concreto all'interno di uno schema astratto e prestabilito, risponde a queste esigenze di prevedibilità e calcolabilità del diritto. I postulati della sublimazione del concreto nell'astratto sono così definiti da Weber: 1) la giurisdizione è applicazione di uno schema astratto ad una fattispecie concreta; 2) per ogni fattispecie concreta deve essere sempre ricavabile una decisione dal sistema delle fattispecie astratte; 3) l'ordinamento giuridico deve essere, o deve venir trattato come se fosse, privo di lacune; 4) ciò che non è sussumibile nella forma astratta è anche irrilevante per il diritto; 5) ogni agire umano deve essere sussumibile in una regola precostituita (Weber, M; 1980, p. 17). I postulati della fattispecie legale trovarono la loro compiuta espressione nelle codificazioni dell'Ottocento europeo.

Le costituzioni novecentesche dell'Europa continentale, nella parte dedicata ai diritti fondamentali, come ha evidenziato una letteratura ormai sterminata, sono

formulate per principi². La formulazione per principi delle norme costituzionali introduce una forma del diritto assai distante da quella della fattispecie legale. Ronald Dworkin, in pagine classiche sorte peraltro in un ambiente estraneo alla tradizione europeo-continentale, ha definito in modo chiaro la differenza fra principio e regola, quest'ultima corrispondente a quella che italiani e tedeschi chiamano fattispecie legale o *tatbestand* (Dworkin, 1982, 90 ss.). Nella disciplina del caso concorrono una pluralità di principi, i quali non solo sono necessariamente plurali ma sono anche equiordinati, nel senso che condividono la medesima precettività rispetto al caso. Ai fini della disciplina del caso i principi devono pertanto essere bilanciati e la regola del caso risulta da questo bilanciamento, il quale si traduce nella applicazione dell'un principio fino alla soglia di ponderazione con l'altro principio secondo nessi di prevalenza e soccombenza. Il principio soccombente recede nei limiti del criterio di proporzionalità. Il bilanciamento impedisce perciò che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore dell'altro e risponde ad una logica chiaroscurale di applicazione fino ad un certo limite. La regola è invece disciplina esclusiva del caso, per cui l'applicazione dell'una regola al caso impedisce l'applicabilità delle altre. A differenza dei principi, le regole hanno la forma del collegamento degli effetti giuridici a determinati presupposti di fatto per cui, in presenza della verifica di quei presupposti, non possono che conseguirne gli effetti previsti da quella regola e solo da quella regola.

I postulati weberiani della sussunzione nella fattispecie astratta sono chiaramente individuabili nella forma della regola e non in quella del principio (Alexy, 2003, 433 ss.). La domanda da porsi è la seguente: nel passaggio dalla regola, o fattispecie legale, al principio si perde il requisito della prevedibilità e calcolabilità del diritto nel quale Weber ravvisava uno degli elementi fondamentali della moderna organizzazione sociale? Deriva di qui una seconda domanda: se è vero che l'applicazione della

2 Qui è sufficiente richiamare Alexy (2012); per una recente ricostruzione della discussione in argomento Pino (2017).

fattispecie legale risponde ad un criterio di razionalità formale, e dunque ad una logica di mezzi e non di fini, vuol dire che applicare un principio comporta la ricaduta nella razionalità materiale, dettata da scopi individuali, e dunque nell'arbitrio dei valori soggettivi³? Senza la mediazione della fattispecie il giudice non farebbe altro che seguire «il demone che tiene i fili della sua vita», per dirla ancora con (Weber, 1980, 43).

Le preoccupazioni in termini di perdita di prevedibilità del diritto e dominio del soggettivismo valoriale derivano da un'ulteriore caratteristica delle costituzioni novecentesche dell'Europa continentale: esse non sono solo norma di organizzazione del potere pubblico e criterio di legittimità delle norme ordinarie, ma sono anche, in quanto fonte del diritto, norme direttamente giustiziabili in mancanza della disciplina legislativa del caso. Nell'epoca del dominio della forma-codice, prima dell'apparizione novecentesca del modello della costituzione rigida, le pretese soggettive erano giustiziabili a condizione che corrispondessero ad una posizione soggettiva prevista dalla fattispecie legale, espressamente o in forma analogica. Con la comparsa della costituzione formulata per principi ed operante quale fonte del diritto, non vi è più un limite legalistico alla giustiziabilità delle pretese soggettive. L'unico limite di tutela delle posizioni soggettive è quello della loro conformità a giustizia, da intendere quale bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso. Vi è un diritto da tutelare se lo consente la ponderazione dei principi concorrenti.

A fronte della carenza di una specifica fattispecie legale nella quale sussumere il caso spetta quindi al giudice del caso concreto ricostruire la regola di giudizio attingendo direttamente ai principi costituzionali e provvedendo al loro bilanciamento, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 1998). La regola del caso concreto può essere fissata dal giudice comune anche all'esito della dichiarazione di illegittimità costituzionale di un'omissione legislativa da parte della Corte costituzionale, la quale somministra il principio cui il giudice comune è abilitato a

3 Per questa visione dell'applicazione del principio, quale forma del diritto alternativa alla fattispecie, Irti, N. (2016).

fare riferimento per porre rimedio all'omissione nell'attesa dell'intervento legislativo Cass. 25 gennaio (2017). La giurisdizione comune per principi costituzionali trova oggi un terreno particolarmente fecondo nella materia dei diritti della persona e nei nuovi scenari aperti dal biodiritto⁴. Vi è da aggiungere che la stessa classica operazione di sussunzione nella fattispecie legale è destinata a mutare quando si entra nell'universo dei principi costituzionali. La sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta è mediata dai principi nel senso che la regola, mediante cui procedere alla sussunzione, viene resa conforme a Costituzione mediante l'interpretazione adeguatrice al bilanciamento fra principi.

Secondo i critici della giurisdizione comune per principi, soprattutto quando è individuazione della regola del caso concreto, in questo tipo di giurisdizione vi è un deficit di prevedibilità e domina il soggettivismo dell'interprete. Quest'ultimo aspetto in particolare evoca una delle critiche di fondo che è stata sollevata all'indirizzo dello stesso costituzionalismo contemporaneo ed all'idea del controllo di costituzionalità delle leggi: l'affidamento del destino di una comunità alle scelte discrezionali di un'aristocrazia giudiziaria anziché alla procedura democratica.

Democrazia versus costituzionalismo

Benché il costituzionalismo contemporaneo venga definito costituzionalismo democratico, democrazia e costituzione rappresentano i poli di una dialettica che è stata assai viva nel pensiero occidentale del secolo scorso e che ancora oggi, guardando alle obiezioni che solleva una giurisdizione comune per principi, avvertiamo come ancora presente. La polemica democratica contro il costituzionalismo ha conosciuto due stagioni importanti, la prima in Europa

⁴ Esemplare è Cass. (2007), n. 21748, id., 2008, I, col. 2609, relativa ad un celebre caso di autorizzazione, da parte del giudice, all'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione mediante sondino nasogastrico di soggetto in stato vegetativo permanente ed irreversibile.

continentale nella prima metà del Novecento, la seconda negli Stati Uniti nella seconda metà del secolo. La prima stagione è quella della celebre polemica fra Kelsen e Schmitt⁵, la seconda è quella che ha visto da una parte autori come Ely e Waldron (con un'eco in Europa nelle posizioni di Habermas) e dall'altra Dworkin⁶. Il dilemma della giustizia costituzionale è stato così espresso da Ely: «a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like» (Ely, 1980, 4 ss.). Si apre qui la forbice fra costituzionalismo e democrazia secondo una vasta e risalente corrente di pensiero.

La divaricazione fra democrazia e costituzionalismo non ha solo carattere teorico, ma risponde anche allo sviluppo storico dei modelli costituzionali. Il modello europeo-continentale, in quanto risalente alla rivoluzione francese, propone un'idea di costituzione quale indirizzo fondamentale dei poteri orientato alla trasformazione sociale, mentre quello statunitense, risalendo all'evento storico dell'indipendenza dalla madrepatria inglese, pone al centro il tema della garanzia dei diritti e della dispersione del potere in una pluralità di centri (Fioravanti, 1995). Non è un caso che per l'antesignano di ogni lettura del costituzionalismo in termini di primato della politica, e cioè Carl Schmitt, una teoria della costituzione sorga solo nell'anno 1789 in Francia (Schmitt, 1984, 113).

Secondo Schmitt l'origine della costituzione non risiede in una norma fondamentale (Kelsen), ma nella decisione politica fondamentale del popolo sovrano il cui potere costituente, contrariamente alle letture che leggono la costituzione

5 Ha ricostruito da ultimo questa decisiva polemica B. de Giovanni, Kelsen e Schmitt (2018).

6 I riferimenti fondamentali sono a: J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass. 1980, Harvard University Press; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 1999, Oxford University Press; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, Guerini e Associati; R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass. 1996, Harvard University Press. Un'utile rassegna delle posizioni germinate nella critica "democratica" del costituzionalismo è in M. Goldoni, *Cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, p. 337 ss..

secondo la metafora del legarsi come Ulisse di fronte alle sirene, non si esaurisce con il suo iniziale esercizio, ma resta permanente. Il punto di arrivo di questo movimento di pensiero è nella identificazione di costituzionalismo e garanzia del mero rispetto della procedura democratica, secondo quanto proposto da Habermas, che lascia però aperta la domanda posta da Dahl: «e quando il diritto al processo democratico entra in conflitto con un altro diritto fondamentale, quale altro processo dovrebbe dirimere la controversia?» (Dahl, 1990, 275 ss.). La dialettica fra costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico si ripropone oggi su scala sovranazionale nella dialettica fra ordinamenti nazionali, concreta espressione del *demos* di una comunità, e ordinamenti internazionali (quale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), affidati a corti ed autorità avvertite come tecnocratiche dal punto di vista dei teorici del primato della sovranità nazionale.

La discussione su democrazia e costituzione è una grande discussione cui qui si può solo fare un cenno, ma siccome è alle corti che è affidata la custodia dei diritti sanciti dalle costituzioni è bene delineare i contorni del modello di giudice che il costituzionalismo propone quale risposta alla critica democratica dell'aristocrazia giudiziaria. Sulla base della natura contro-maggioritaria del costituzionalismo quale limitazione del potere due immagini sono identificabili. Una prima visione è legata al liberalismo classico e di cui è efficace rappresentazione il giudice che, nella *Democrazia in America* di Tocqueville, oppone alla foga dei disegni della sovranità popolare il suo procedere con lentezza e la protezione della *lex terrae* contro gli arbitri di una ragione astratta. Si avverte qui l'eco della polemica romantica contro il razionalismo e l'illuminismo, la garanzia del pluralismo dei valori contro la freddezza e l'astrattezza del progetto moderno di razionalizzazione della società. L'idea del giudice garante della tradizione non è più proponibile nel contesto della postmodernità e delle società secolarizzate nelle quali la pluralità di valori non è il punto di resistenza del passato rispetto ad un'avanzante modernità ma è il

presente di un mondo compiutamente politeistico, caratterizzato dalla progressiva moltiplicazione delle differenti concezioni del bene.

Parte dal disaccordo contemporaneo sulle concezioni di vita buona una critica radicale dell'affidamento delle costituzioni alle corti: proprio la controversia radicale sulle visioni di bene giustifica per Waldron la superiorità della procedura democratica rispetto a quella del controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale (Berlin, 2001, 183 ss.). Alla tesi del mero rapporto fra procedure, tale da rendere preferibile la procedura democratica, potrebbe prestare supporto la visione, sostenuta dai teorici del positivismo giuridico come Hart e Raz, dell'agire dei giudici come guidato da una piena discrezionalità dettata da considerazioni extra-giuridiche. Per la confutazione di questa visione il costituzionalismo ha trovato il proprio alfiere nel Dworkin de *L'impero del diritto*. Quando il giudice risolve una controversia in base ai principi punta all'integrità quale «migliore interpretazione costruttiva delle nostre distinte prassi giuridiche» (Dworkin, 1989, 204). Nel dirimere la controversia il giudice non segue il soggettivismo delle proprie convinzioni di valore, come accade nella discussione all'interno dell'agone democratico, ma si appella ad un ideale cui conforma il proprio agire interpretativo. Si tratta di un punto collocato all'infinito, come tale inattuabile, il quale ciò nondimeno governa l'attività interpretativa delle corti, quale paradigma della ragione pubblica come direbbe il Rawls di *Liberalismo politico*. Nel processo democratico il confronto è fra convinzioni soggettive di valore, in una Corte si mira all'idea-limite del giusto, quale equa ponderazione, e sacrificio proporzionato, dei principi concorrenti.

Interviene qui in favore del costituzionalismo una famiglia teorica, che vede fra i suoi protagonisti anche Rawls (si può sostenere che il giudice che si appella all'ideale indossa il velo d'ignoranza che per Rawls caratterizza la posizione originaria al momento in cui si stabilisce una costituzione) e Kelsen, e che può farsi risalire a Kant. E' vero che, a differenza di Rawls e Kelsen, Dworkin è accostabile più alla filosofia ermeneutica che non a quella trascendentale di origine kantiana, ma ciò

che accomuna questi autori è l'identificazione del diritto con un ideale regolativo e l'affermazione in tal modo del primato della costituzione rispetto alla politica.

Kelsen è ben lontano dalla giurisdizione per principi perché, secondo la sua dottrina pura del diritto, il mondo giuridico è un mondo di fattispecie legali, organizzato in modo piramidale e di cui le sentenze dei giudici, collocate in basso nella gerarchia, rappresentano una mera esecuzione. Ma nel porre all'origine della costituzione, diversamente da Schmitt, una norma fondamentale e non una decisione politica, Kelsen rende evidente che il diritto è una forma ideale che richiede di essere concretizzata. La norma fondamentale dell'ordinamento giuridico non è posta come esistente, ma è una norma presupposta, è una «condizione logico-trascendentale» di pensabilità del sistema (Kelsen, 1975, 227). Al momento di instaurare un ordinamento giuridico, la decisione politica fondamentale non è dettata dalla propria mera forza o da un'unilaterale volontà, ma da un ideale regolativo, che è il diritto nella sua forma pura consegnata dalla norma fondamentale, presupposta ad ogni possibile norma.

Allo stesso modo quando le corti interpretano le costituzioni esse si appellano ad un ideale, che è quello della migliore interpretazione della civiltà giuridica di una comunità, per riprendere Dworkin. Il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale non è una mera procedura nella quale si agitano volontà empiriche, ma è la sede di un impegno a favore di una forma ideale⁷.

7 Allo scopo di porre un argine al soggettivismo giudiziale, Alexy mira a formalizzare mediante algoritmi il criterio della proporzionalità alla base del bilanciamento fra principi (Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris* XVI, n. 2, 2003, 131 ss.; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, cit., 433 ss.), ma qui vale l'obiezione di Dworkin, secondo cui non c'è un algoritmo che possa essere utilizzato al cospetto delle corti, perché l'interpretazione costituzionale non è una scienza esatta (Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., 382; Id., *La giustizia in toga*, Roma-Bari 2010, Laterza, 139). Il criterio del bilanciamento è riposto nel caso concreto, il quale sfugge alla forma astratta dell'algoritmo: il giudice si appella tuttavia all'ideale bilanciamento in relazione alle circostanze del caso ed assume uno specifico impegno normativo in tale direzione.

Principi e clausole generali

Il bilanciamento dei principi, cui provvede il giudice costituzionale in sede di sindacato di costituzionalità della legge o il giudice comune in sede di risoluzione di un caso concreto non sussumibile in una fattispecie legale, non è esercizio di mera discrezionalità ma è tensione normativa verso un ideale di bilanciamento. La controversia giudiziaria innanzi al giudice comune rende evidente che quel bilanciamento non è mai in astratto, ma è relativo alle circostanze del caso e tuttavia il giudice assume una responsabilità, che è quella del perseguimento di una forma ideale. Deve essere chiaro che il giudice, mediante il bilanciamento dei principi, costruisce la regola del caso concreto. Bisogna liberarsi dalla mistica della scoperta giurisdizionale del diritto. Quando il giudice bilancia i principi costituzionali in relazione alle circostanze del caso non rinviene un diritto preesistente, che si rispecchi nella sua decisione, ma costruisce la disciplina relativa alla singola controversia. Egli si appella tuttavia all'ideale bilanciamento in concreto dei principi, il quale non è una realtà attingibile ma un ideale regolativo⁸. Egli si uniforma all'imperativo della liberazione dagli orientamenti soggettivi di valore e del perseguimento della forma ideale.

La pratica della decisione mediante l'appello ad un ideale è particolarmente evidente nell'applicazione di norme ordinarie formulate per clausole generali. Le norme cosiddette elastiche, quali la buona fede, la diligenza o il danno ingiusto, non rappresentano la regolazione del caso, ma la disciplina ideale cui la regolazione di ciascun caso concreto deve tendere. La clausola generale non fissa il contenuto

8 Osserva R. B. Brandom, *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, in G. Hubbs -D. Lind (a cura di), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, 2014, 39 che la prospettiva del realismo giuridico, secondo la quale il giudice pone il diritto, guarda solo al lato dell'autorità, mentre quella che evidenzia la scoperta del diritto da parte del giudice guarda solo al lato della responsabilità, laddove invece un resoconto esaustivo dell'attività giudiziaria è solo quello che contempla entrambi i lati e la loro interrelazione (che Brandom riconduce alla dialettica del reciproco riconoscimento di Hegel).

della regola giuridica, in via generale ed astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto. La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l'identificazione della norma del caso concreto. Come scrive Esser, il quale definisce la clausola generale forma-limite, «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di 'capire in modo giusto' la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere» (Esser, 1983, 57). Identificare la norma individuale corrisponde per l'interprete all'assunzione di un impegno normativo nella direzione del parametro costituito dall'idea-limite. La buona fede, la diligenza o il danno ingiusto sono un *telos*⁹.

Principi costituzionali e clausole generali hanno in comune il riferimento al caso concreto per l'individuazione delle loro condizioni di applicabilità. Non c'è un ordine gerarchico dei principi: essi trovano le loro infinite combinazioni e bilanciamenti in relazione alle circostanze del caso. L'ordine dei principi non è astratto e formale ma in costante ed incessante adeguamento alla materia viva del mondo dei fatti. Emerge qui la peculiare concretezza del diritto costituzionale. Il parametro di legittimità costituzionale della norma risiede non nella lista dei principi una volta per tutte ed in via preventiva, ma nella graduazione che si manifesta nel caso concreto. La regola di legittimità fa la propria apparizione in relazione alle circostanze che volta a volta si presentano, e all'esito dell'operazione di bilanciamento fra i principi concorrenti. Il compito dei principi è quello di generare regole in occasione del presentarsi del fatto. Le regole che risultano dal concorso dei principi non sono regole ermeneutiche. (Mengoni, 1996, 125), ma fattispecie normative vere e proprie (Bin, 1992, 41). Come sarà illustrato meglio più avanti. La norma è illegittima non per diretta violazione dell'astratto principio o della forma logica del bilanciamento, ma per violazione della

9 Per maggiori approfondimenti rinviamo a Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano 2017, Giuffrè, 167 ss.

norma risultante dal bilanciamento in concreto dei principi. Quali regole, esse hanno la forma della fattispecie, e cioè di valutazioni di determinati presupposti di fatto. Tali fattispecie di ordine costituzionale costituiscono il parametro di legittimità della norma, che quei fatti in via generale e astratta abbia valutato, oppure, spostandosi dal piano della giurisprudenza costituzionale a quello della giurisprudenza comune, rappresentano la regola del caso concreto, risolto mediante un diretto appello alla forza gius-generativa dei principi costituzionali in mancanza di una fattispecie legislativa.

Allo stesso modo le clausole generali o norme elastiche, quali puri ideali di regolazione, sono determinabili solo in relazione alle circostanze del caso. Possono cioè essere predicate solo come norme individuali. Non c'è *la* buona fede, ma *un* comportamento conforme a buona fede, date determinate circostanze di fatto. Allo stesso modo dei principi, le clausole generali generano regole del caso concreto. In entrambi i casi, principi e norme elastiche, l'identificazione della regola individuale risulta da un appello all'ideale, nell'un caso l'ideale bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso, nell'altro l'ideale di norma espresso dalla clausola generale.

Emergono però anche le differenze. La tecnica di applicazione dei principi è quella del bilanciamento, la tecnica di applicazione delle clausole generali corrisponde alla concretizzazione. La clausola generale non è suscettibile di bilanciamento perché nel corso della sua concretizzazione incontra solo le circostanze fattuali e non anche valori normativi concorrenti, come accade invece nel caso dei principi costituzionali. Mentre la normatività di questi ultimi è condivisa con altri principi, caratteristica della regola, come si è detto, è il carattere esclusivo della disciplina. Della regola la clausola generale, in quanto ideale di regola, recepisce l'esclusività della disciplina, pur essendo, quale puro ideale, priva della forma della fattispecie. Questa differenza rinvia al diverso piano su cui operano principi e clausole generali, l'uno costituzionale, l'altro ordinario e consente di illustrare come nasce un ordinamento.

All'origine di un ordinamento giuridico vi sono i principi costituzionali non i valori. Il valore è un bene finale, non bilanciabile con altri valori, mentre i principi sono beni iniziali, che si realizzano fino ad un certo grado, quello risultante dal bilanciamento con gli altri principi (Habermas, 2002, 865 ss.). Un ordinamento nasce in definitiva come segue. Grazie al bilanciamento dei principi, che compete in primo luogo al legislatore in un ordinamento fondato sulla forma di legge, viene identificato un valore. Il valore può essere positivizzato come tale, ad esempio il dovere di comportarsi secondo buona fede, e sorge una norma ordinaria elastica, la quale richiederà le concretizzazioni da parte del giudice allo scopo della sua applicazione. Ma quel valore può costituire per il legislatore il criterio per collegare ad un determinato fatto, previsto in via astratta e generale, determinati effetti giuridici. Sorge così la fattispecie legale, la cui applicazione avviene mediante sussunzione. La concretizzazione legislativa del valore può essere reiterata per una diversità di tipologie astratte di fatti e si avranno quindi diverse concretizzazioni del valore per una molteplicità di disposizioni legislative. Quel valore diventa così un principio generale dell'ordinamento (generale perché relativo ad una pluralità di norme ordinarie nel quale si è concretizzato¹⁰), ma la differenza con il principio costituzionale è chiara: il principio generale è il valore, risultante dal bilanciamento fra principi costituzionali, che si è concretizzato in una pluralità di disposizioni legislative (la buona fede, ad esempio, non è solo positivizzata come tale, ma viene concretizzata dal legislatore in una pluralità di fattispecie, operando quale criterio di collegamento degli effetti giuridici al fatto previsto dalla norma in via generale e astratta); il principio costituzionale è la fonte dei bilanciamenti alla base delle norme ordinarie. Ai bilanciamenti fra principi costituzionali provvedono anche il giudice costituzionale, in sede di controllo di legittimità della norma ordinaria, e il giudice comune, in sede di risoluzione di una controversia non disciplinata

10 Quali concretizzazione legislativa dei valori i principi generali sono caratterizzati da «un'eccezione di contenuto deontologico (o assiologico) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema» (Betti, E. 1971, 316).

dalla legislazione ordinaria (o di interpretazione della norma ordinaria in modo conforme a Costituzione). Quando il giudice comune concretizza una clausola generale non opera bilanciamenti perché la norma elastica è già il risultato di un bilanciamento fra principi, cui ha provveduto il legislatore ponendo quella norma. Al giudice non resta che concretizzare la clausola generale (e cioè il valore identificato dal legislatore sulla base del bilanciamento fra principi) sulla base delle circostanze del caso.

Prevede l'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge generale in apertura del codice civile italiano che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Se il caso della vita, ad esempio una questione inedita in materia di diritti della persona, sfugge ai bilanciamenti di principi operati dal legislatore, per cui non solo manca una norma espressa mediante cui disciplinare il caso, ma difetta anche un valore positivizzato in norme (e dunque la norma da applicare analogicamente o il principio generale) cui fare riferimento, non resta che al giudice identificare, mediante il bilanciamento fra principi costituzionali, il valore attraverso il quale collegare al fatto concreto gli effetti giuridici.

Garantire la sicurezza giuridica

Come si è detto, il giudice che bilancia principi o concretizza clausole generali non scopre un diritto preesistente, ma costituisce la regola del caso concreto, appellandosi tuttavia ad un ideale e non seguendo le proprie convinzioni di valore. Si tratta di un diritto che non viene dal sovrano democratico nella forma della legislazione, ma dal giudice nella forma della giurisdizione. Nel caso dei principi la soglia di costituzione del diritto è anche più elevata perché mentre nell'ipotesi delle

clausole generali si tratta di concretizzare un valore identificato dal legislatore, quando si tratta di dare diretta attuazione ai principi mediante il loro bilanciamento il valore, attraverso cui collegare gli effetti giuridici al fatto concreto, è identificato dal giudice.

Al diritto che non viene dal sovrano democratico sembra mancare una delle caratteristiche identificative della forma di legge, la prevedibilità degli effetti giuridici delle condotte umane. Significativa è l'obiezione che fu sollevata all'indomani della rilettura della responsabilità civile operata da Stefano Rodotà in termini di clausola generale del danno ingiusto e di principio costituzionale di solidarietà sociale: nel passaggio dalle fattispecie di condotte illecite alla clausola generale del danno ingiusto, quale criterio ordinatore della responsabilità civile, si perde l'oggettività degli elementi descrittivi del sistema di fattispecie tipiche a garanzia del principio di legalità (Rodotà, 1965, 28 ss.). L'obiezione che si può muovere alla giurisdizione per principi o clausole generali è più radicale di quella della assenza di prevedibilità del diritto come fatto sociale. Il piano della calcolabilità del diritto è quello sociologico individuato da Weber, che vedeva nella fattispecie uno strumento essenziale della moderna economia di mercato. Dopo l'ingresso del principio di rigidità costituzionale la prevedibilità del diritto diventa certezza del diritto, quale espressione a sua volta del diritto fondamentale alla sicurezza giuridica. Ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, a proposito per vero dell'esercizio del potere legislativo, è il richiamo al legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (Corte cost; 2007). La stessa Corte europea dei diritti umani, pur escludendo l'esistenza di un diritto ad una giurisprudenza costante (perché il principio della certezza del diritto non impone il divieto per la giurisprudenza di modificare i propri indirizzi) (Corte, 2008), in più occasioni ha ammonito gli Stati aderenti alla Convenzione ad evitare marcate diversità di vedute all'interno dell'organo avente il compito di dare uniformità alla giurisprudenza a salvaguardia del canone della certezza del diritto (Corte, 2006). Il legittimo affidamento nella sicurezza giuridica e la certezza

del diritto sono proiezione del principio di eguaglianza. Con quest'ultimo stride apertamente l'evenienza che due fattispecie concrete di analogo contenuto siano decise dal giudice in modo difforme.

La codificazione, che si affermò sul continente europeo nel XIX secolo, assolve alle esigenze di sistematicità, certezza e prevedibilità del diritto. A quelle esigenze ha corrisposto nel mondo anglo-sassone la regola dello *stare decisis*, anch'essa impostasi nel XIX secolo (Antonioli, 1993 136 e 142 ss.). In un'opera risalente sul diritto giurisprudenziale si osservò che negli ordinamenti dell'Europa continentale la certezza del diritto è meglio garantita, rispetto al regime del precedente giudiziale, da «un codice organico, inteso a regolare integralmente una materia attraverso anticipate formulazioni generali»¹¹. Come abbiamo detto all'inizio, il codice civile ha rappresentato l'espressione più compiuta della tecnica della fattispecie legale. Il tempo di quel codice «organico» sembra che non possa più tornare, non solo perché la forma-codice è stata grandemente relativizzata da una straordinaria proliferazione della legislazione speciale, ma anche perché per un verso si va diffondendo nello stesso codice il tipo della norma a clausola generale, per l'altro la forma-costituzione in funzione di fonte del diritto penetra in tutti gli interstizi e gli spazi vuoti lasciati dal codice civile. Rispetto alla giurisdizione per principi o per clausole generali la forma-codice ed il diritto per fattispecie non assolvono evidentemente alcuna funzione di calcolabilità e prevedibilità del diritto. La funzione di certezza del diritto rispetto al diritto per principi o per clausole generali non può che essere assolta dal precedente giudiziario. E' alla regola dello *stare decisis* che

11 L. Lombardi, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano 1967, Giuffrè, 584. Occorre considerare che il codice civile ha da principio trovato applicazione non in modo diretto ma attraverso la mediazione delle categorie dogmatiche elaborate dalla dottrina. Prima dell'apparizione del modello di costituzione rigida gli istituti giuridici assolvevano il ruolo costituzionale di limite del potere legislativo (G. Rebuffa, Costituzioni e costituzionalismi, Torino 1990, Giappichelli, 129 ss.). Ha osservato G. Samuel, A Short Introduction to the Common Law, Northampton, Mass. 2013, Edward Elgar Publishing, 103 che la teoria di Dworkin del diritto come integrità richiama, dall'interno del common law, la costruzione dogmatica del diritto come sistema coerente, espressione propria del civil law.

può allora affidarsi il compito di garantire la sicurezza giuridica quando il giudice dirime le controversie attraverso i principi costituzionali o le clausole generali.

Negli ordinamenti di *civil law*, informati al dominio della forma di legge, la tecnica della fattispecie legale continua ad assolvere la fondamentale funzione di garanzia della certezza del diritto. L'espansione però di una giurisdizione per principi costituzionali o per clausole generali impone l'adozione anche nei sistemi di *civil law* della regola dello *stare decisis*. In realtà, non si tratta di adottare in senso proprio una siffatta regola, ma di prendere atto della sua operatività laddove la controversia è risolta mediante la diretta applicazione dei principi o mediante la concretizzazione di una clausola generale. Questo riconoscimento va temperato con il principio di soggezione del giudice alla legge che caratterizza i sistemi di *civil law*. Tale è la portata dell'art. 101 della Costituzione italiana e dell'art. 230 della Costituzione colombiana, il quale tuttavia prevede che «l'equità, la giurisprudenza, i principi generali del diritto e la dottrina sono criteri ausiliari dell'attività giudiziale»¹². In un sistema informato al diritto di fonte legislativa la forza vincolante del precedente non può che derivare dal diritto positivo. Se il giudice è soggetto alla legge, solo quest'ultima può stabilire i margini di vincolatività del precedente e può farlo in misura più o meno estesa. E' quanto accade con l'art. 374, comma 3, del codice di procedura civile italiano che prevede che se la sezione semplice della Corte di Cassazione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite della medesima Corte, rimette a queste ultime la decisione del ricorso. Al precedente enunciato dalle sezioni unite non è però vincolato il giudice di primo o secondo grado, il quale, motivando sul punto, può appellarsi alla legge contro il precedente e riaprire il circuito della nomofilachia. Sarà la Corte Suprema ad assicurare a questo punto l'«esatta osservanza» della legge.

12 La Corte costituzionale colombiana nel caso C-836/01, Rodrigo Escobar Gil, 9 agosto 2001, ha riconosciuto che seguire il precedente della corte superiore salvaguarda il principio di prevedibilità del diritto, il diritto di eguaglianza, l'ideale della coerenza del diritto e la supremazia della Costituzione.

Il precedente giudiziario del *common law*, in quanto relativo ad un diritto che non deriva dalla legge, è dotato di una vincolatività propria, ontologica, che trova fondamento nel principio di tradizione¹³. L'efficacia vincolante del precedente con riferimento alla giurisdizione per principi o per clausole generali discende dalla circostanza che il diritto che il giudice applica, anche laddove concretizzi una clausola generale prevista dalla legge, costituisce il diritto del caso concreto. Il riconoscimento dell'esistenza della regola dello *stare decisis* in un sistema di *civil law* deriva quindi dall'individuazione di un ambito di giurisdizione nel quale non trova applicazione il diritto di fonte legislativa ma una norma concreta di diritto. In tale ambito, come si dimostrerà a breve, il precedente giudiziario, come nel *common law*, è dotato di una vincolatività propria, che non deriva quindi dalla legge.

Non può sfuggire infine che il principio di tradizione, su cui è radicata la regola dello *stare decisis*, costituisce un fattore di mitigazione potente dell'influenza degli orientamenti soggettivi di valore del singolo giudice. Nell'ambito di un'importante discussione germinata nell'ambiente filosofico statunitense si è precisato che il vincolo al caso precedente non corrisponde ad un rapporto fra le individualità dei giudici, ma alla partecipazione ad una comune tradizione cui il giudice attuale ed il suo predecessore, con minore o maggiore successo, mirano ad essere fedeli (Brandom, 1999). Nel vigore della regola dello *stare decisis* il rapporto del giudice con il caso è mediato non dalla fattispecie, ma dalla tradizione rappresentata dalla catena dei precedenti. La presenza di una mediazione (la tradizione o la fattispecie) rappresenta un ostacolo decisivo all'irruzione delle individuali convinzioni di valore del singolo giudice.

13 Il riferimento allo standard esistente è il primo canone del giudice di common law (Eisenberg, *La natura del common law*, Milano 2010); contrappone la concezione legislativa e creazionistica del diritto a quella giudiziale ed evolucionistica M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 67 ss.

Lo stare decisis nel civil law

Il caso da disciplinare mediante i principi costituzionali conosce diversi livelli di intensità: si va da un massimo di astrattezza e generalità, che ricorre nel giudizio di costituzionalità quando viene in rilievo la classe generale e astratta contemplata dalla norma oggetto di scrutinio costituzionale, al massimo di concretezza che contraddistingue la controversia innanzi al giudice comune per la tutela di un diritto non disciplinato dalla legge ordinaria. Il diritto rilevante, in entrambi i casi, corrisponde non ai principi oggetto di bilanciamento ma alla norma, relativa alle circostanze, in cui sfocia il bilanciamento medesimo ed in base alla quale viene sindacata la legittimità costituzionale della norma ordinaria o decisa la controversia relativa ad un caso non previsto dalla legge. Del resto anche il legislatore, quando pone una norma, bilancia principi ed il diritto in tal caso corrisponde ovviamente alla norma legislativa, non ai principi dalla cui ponderazione risulta quella norma. Allo stesso modo, il diritto corrisponde alla norma concreta, e non ai principi costituzionali, quando il giudice comune, chiamato al bilanciamento dei principi costituzionali di fronte ad un *hard case* non disciplinato dalla legge, dichiara (non pone, stante il vincolo di soggezione del giudice al diritto) la regola del caso concreto.

La regola di cui il giudice comune fa applicazione è la norma concreta di diritto che consente la risoluzione della controversia. Si tratta di una norma senza disposizione, in quanto identificata solo in via interpretativa mediante il bilanciamento dei principi, e non risultante da un enunciato linguistico posto. Una norma concreta di diritto identifica pur sempre una fattispecie, solo che vi è piena convergenza di fattispecie concreta e norma. Gli elementi di fatto della fattispecie normativa sono rappresentati direttamente dalle circostanze del caso concreto. La concretizzazione della clausola generale ben illustra questo fenomeno.

Il dovere di comportarsi secondo buona fede, per riprendere un esempio illustre di clausola generale, esprime una forma ideale di norma. La norma in senso tecnico che trova applicazione non è l'ideale di norma espresso dalla clausola

generale, ma la norma individuale. La disciplina del caso non è affidata alla clausola generale, la quale in quanto puro ideale è priva di forza precettiva in relazione alle circostanze del caso, ma alla norma concreta. La clausola generale non regola una classe di azioni o eventi ma illustra l'ideale di regolazione per le discipline relative ad azioni ed eventi eterogenei. Essa esprime il valore che il legislatore ha identificato bilanciando i principi, ma poi spetta al giudice identificare la norma quale collegamento dell'effetto giuridico al fatto concreto sulla base di quel valore. La disciplina dell'azione o evento individuale è allora affidata alla norma concreta, la quale è pertanto una norma giuridica a tutti gli effetti, è una norma senza disposizione, risultante dalla concretizzazione giudiziale del valore enunciato dal legislatore nella norma elastica o clausola generale.

Si viene così dispiegando, in parallelo all'ordinamento positivo risultante dalla disciplina generale e astratta che caratterizza la forma di legge, un ordinamento concreto risultante dai singoli bilanciamenti di principi costituzionali o dalle singole concretizzazioni di clausole generali, un ordinamento cioè di fattispecie concrete e non astratte e generali. Il principio di diritto enunciato dalla sentenza e corrispondente alla norma concreta di diritto ha tutte le caratteristiche della *ratio decidendi* secondo il *common law*. Mentre nel *civil law* la *ratio decidendi* della sentenza ha la forma pur sempre della previsione astratta e generale, in quanto è applicazione, mediante la tecnica della sussunzione, della disposizione legislativa a nuovi casi, oppure è interpretazione della stessa portata normativa della disposizione, nel *common law* la *ratio decidendi* è inferita dalle circostanze del caso concreto e da queste non è separabile (Gonzales, 2016, 257 ss.). La *ratio decidendi* in un sistema legalistico è priva della forza propria dello *stare decisis* perché non è altro che sussunzione del fatto nella fattispecie legale (o interpretazione di quest'ultima) e dunque ciò che trova applicazione nei casi successivi è pur sempre la norma di legge. Nel caso invece di *ratio decidendi* corrispondente alla norma concreta di diritto, la quale è precetto giuridico non svincolabile dalle circostanze del caso concreto, il *decisum* è

in quanto tale suscettibile di reiterazione in casi successivi connotati dai medesimi requisiti fattuali. Si può parlare, a questo proposito, di nomofilachia del concreto.

Il meccanismo operante è quello della riconduzione e non della sussunzione. Quest'ultima presuppone una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare un caso concreto attraverso la selezione degli elementi corrispondenti all'ipotesi astratta. E' necessario che tutti gli elementi della fattispecie astratta siano presenti in quella concreta, che è così dedotta dalla prima. Nel caso della norma concreta il procedimento logico non è deduttivo, ma induttivo. In essa la fattispecie ha carattere concreto perché consta di un complesso di elementi non tutti necessari come per la fattispecie astratta. Non è richiesto che tutti gli elementi della fattispecie concreta siano rinvenibili nel nuovo caso. Il rapporto non è fra astratto e concreto, ma fra concreto e concreto. Ai fini dell'ulteriore applicazione della norma inferita dalle circostanze del precedente caso si procede mediante il raffronto fra casi concreti, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi e che hanno rilevanza ai fini del precetto normativo. Trattandosi non di sussunzione, ma di riconduzione, la corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa. Stante le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi va regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* e del *limiting* elaborate dal giudice anglosassone. Si procede attraverso accostamenti per successive approssimazioni, secondo la logica incrementale e cumulativa del diritto casistico¹⁴.

14 (Irti, 2016, 919). anche nel decidere secondo precedenti opera il giudizio sussuntivo perché «il giudice, estraendo la norma dalle sentenze già emesse, delinea di necessità una fattispecie, cioè sale dal caso deciso ad uno schema tipico entro cui riconduce il nuovo fatto sottoposto alla sua cognizione». Di contro va osservato che nell'ipotesi dello stare decisis il rapporto è fra concreto e concreto e non opera il giudizio sussuntivo: se è vero che ricorre l'applicazione di una norma di diritto (altrimenti si avrebbe la decisione secondo equità), è pur vero che la norma ha carattere concreto, è relativa alle circostanze del caso; ne discende che il caso successivo non può essere sussunto in una norma avente carattere concreto, ma solo ricondotto ad essa, in forma più o meno intensa.

L'enunciazione del principio di diritto, anche quando è relativa alla giurisdizione per principi o per clausole generali, resta pur sempre formalmente interpretazione e non atto normativo, perché il giudice dichiara e non pone il diritto. Il suo termine di riferimento è però non la norma a fattispecie astratta e generale, la quale è suscettibile di uno spettro più o meno ampio di applicazioni, bensì una norma concreta, la cui applicazione non è svincolabile dalle circostanze del caso singolo contemplato dalla norma medesima. L'enunciato del principio di diritto corrisponde non ad una delle possibili puntualizzazioni interpretative della norma, bensì direttamente alla norma, ma non nel senso che quell'enunciato abbia efficacia normativa sul piano del sistema delle fonti. L'efficacia normativa è sempre quella della norma (concreta), non del principio di diritto che la enuncia. La norma concreta non è suscettibile di puntualizzazioni interpretative in relazione ai casi perché è già essa, quale norma individuale, una puntualizzazione normativa. Non c'è una disposizione che trapassi in norma, ma direttamente la norma, la quale si manifesta esclusivamente in sede interpretativa. Quale norma senza disposizione la norma individuale si manifesta infatti solo nel principio di diritto enunciato dalla sentenza. La *vis* normativa non coincide con quest'ultima, ma la sentenza, nella misura in cui il diritto è solo del caso concreto, esprime la norma. In definitiva, il principio di diritto enunciato dalla sentenza non è attuativo, ma ostensivo della norma.

Il vincolo che a questo punto deriva dalla pronuncia giudiziale non è meramente persuasivo, ma normativo. Il precedente giudiziario è giuridicamente vincolante perché solo in esso fa la sua apparizione la norma, ma ciò che in realtà vincola non è il principio di diritto, ossia la sentenza, bensì la norma concreta che vi appare. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario va così identificata in quella della norma cui viene imputato il principio di diritto (Pizzorusso, 2011, 728). Il giudice è soggetto a quella norma, alla stregua di qualsiasi vincolo di diritto, non solo nel processo in cui ne è invocata per la prima volta l'applicazione, ma anche nei successivi in cui ne è domandata l'applicazione in presenza dei

medesimi requisiti fattuali rilevanti una volta che si sia pervenuti all'enunciazione del relativo principio di diritto da parte della Suprema corte. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario non è, come si è detto, un attributo della sentenza come tale, ma è l'efficacia normativa del diritto concreto che in quella sentenza si è manifestato a rendere vincolante il precedente. Solo nella pronuncia giudiziaria, e non altrove, si è infatti manifestato il diritto. La giurisdizione è sempre dichiarativa, non costitutiva del diritto. Costituisce però precedente vincolante perché il diritto che dichiara corrisponde ad una norma senza disposizione. Una volta che quella norma concreta sia stata enunciata, gli altri giudici, alla stessa stregua del giudice che l'ha enunciata, vi sono vincolati per quei casi che hanno in comune i requisiti fattuali rilevanti. Il principio dello *stare decisis* è pienamente operante, quale effetto proprio della soggezione del giudice al diritto (concreto). Diversamente da ciò che accade quando si fa applicazione del diritto posto dal legislatore, i margini di vincolatività del precedente non sono fissati dalla legge, ma sono dettati dalla natura propria del fenomeno giuridico. L'efficacia di precedente vincolante è originaria, e non derivata da una previsione legislativa. (Scoditti, 2017, 277 ss.).

Il fondamento dello *stare decisis* nei sistemi di *civil law* riposa quindi nell'applicazione di norme concrete di diritto in sede di giurisdizione per principi costituzionali o per clausole generali. Proprio perché fra il giudice ed il caso non si interpone la legge acquista vigore la norma applicata nel singolo caso ed identificata attraverso il bilanciamento in concreto dei principi o la concretizzazione della norma elastica. Mediante la riconduzione del caso al precedente si persegue la garanzia della sicurezza giuridica nel campo della giurisdizione per diretta attuazione dei principi costituzionali. Si tratta per il giudice di *civil law* di acquistare un nuovo strumentario, che è quello del ragionare non per sussunzioni in previsioni astratte e generali, ma per raffronti fra casi concreti, inferendo da come è stato risolto il caso precedente la regola per dirimere il nuovo caso. Ma soprattutto non si tratta di inserire un corpo estraneo in un sistema basato sulla forma di legge, ma

di scoprire che, quando il giudice decide la controversia bilanciando i principi o concretizzando clausole generali, la regola dello *stare decisis* è già all'opera.

Un esempio di diritto del caso concreto: il contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte

Sia per i giuristi di *civil law*, che per quelli di *common law*, «the courts do not make contracts for the parties». Gli scrittori di *civil law* affermano che il giudice non può dichiarare la nullità del contratto se il regolamento di interessi non è equo ed è gravemente sbilanciato in danno di una parte perché le parti sono i giudici migliori dei loro interessi. La questione dello squilibrio contrattuale appartiene non al giudizio di validità del contratto ma al merito delle valutazioni delle parti non sindacabile dal punto di vista del diritto. Per la tradizione di *civil law* lo squilibrio contrattuale rileva esclusivamente alle condizioni previste dalla legge. Ad esempio lo squilibrio rileva se la parte avvantaggiata dal regolamento iniquo si è comportata in sede di formazione del contratto in modo riprovevole, esercitando una minaccia o approfittando di uno stato di bisogno. Lo squilibrio in quanto tale resta però esterno al diritto e appartiene al merito del regolamento non sindacabile dal punto di vista del diritto. Questa è la conclusione cui conduce la prospettiva della fattispecie legale. E' possibile immaginare che il giudice trovi un rimedio per il contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte mediante il diretto riferimento ai principi costituzionali? La domanda potrebbe essere riformulata nei termini seguenti: la giuridicità del contratto si esaurisce nella fattispecie legale o vi è lo spazio per un diritto contrattuale che trascenda la fenomenologia degli effetti della fattispecie e da affidare ai principi? Se c'è una disciplina del contratto

affidata alla diretta attuazione dei principi costituzionali, si apre, anche in materiale contrattuale, tutta la problematica del diritto del caso concreto e dello *stare decisis*.

Per sciogliere il nodo si deve prendere le mosse da quello che è possibile definire come l'enigma dell'autonomia privata. Si deve al magistero di Emilio Betti la definizione dell'autonomia privata come fenomeno sociale e dell'intervento dell'ordinamento giuridico come regolazione di un fatto sociale, che precede l'ordinamento, e non attribuzione di una potestà normativa. Il fatto sociale dell'autonomia privata non è riducibile al comune fatto giuridico, come il possesso o l'acquisto per usucapione, perché qui, a differenza che negli altri casi, la fattispecie concreta "contiene già essa stessa l'enunciazione o l'attuazione di un precetto" (Betti, 1950, 48). Il contratto è regola posta dall'autonomia sociale che l'ordinamento giuridico recepisce e trasforma in precetto giuridico, munendola della sanzione del diritto. Esso non è quindi riducibile allo schema del mero fatto sottoposto alla valutazione del diritto. L'ordinamento giuridico collega a quel fatto l'effetto del vincolo giuridico (il contratto ha «forza di legge tra le parti» secondo l'art. 1372 del codice civile italiano), ma le conseguenze che ne derivano in termini di costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici sono quelle previste nella regola posta dai privati già sul piano sociale e prima dell'intervento del diritto (Scognamiglio, 1969, 304). L'enigma dell'autonomia privata risiede nel fatto che per un verso il contratto in quanto regolamento non è riducibile al comune fatto giuridico, per l'altro data la sua origine sociale non acquista la qualità di fonte di diritto in senso formale. La concezione di Kelsen del negozio giuridico quale "fattispecie produttrice di norme" (Kelsen, 1975, 287), collocata in basso alla struttura piramidale dell'ordinamento, è rimasta isolata, mentre ha prevalso la concezione dell'autoregolamentazione sociale che precede l'intervento dell'ordinamento giuridico.

Se il contratto fosse una fonte formale di diritto il giudizio di conformità al diritto si esaurirebbe nel sindacato alla luce della norma superiore, come avviene nel caso del controllo di legittimità della legge in base alla Costituzione. Proprio perché

il sindacato di legittimità della legge si esaurisce nel controllo di costituzionalità resta non sindacabile il merito della scelta politica della volontà che ha posto l'atto legislativo. Anche il provvedimento amministrativo partecipa della stessa dialettica fra merito e legittimità che si incontra a proposito della legge. La valutazione di interessi, che residua al giudizio di legittimità, è qui non sindacabile non per l'esistenza della gerarchia delle fonti, cui il provvedimento amministrativo resta estraneo, ma perché il provvedimento è emesso sulla base del potere attribuito dalla norma. Non c'è un potere amministrativo di regolazione degli interessi prima dell'attribuzione normativa del potere. Vagliata la legittimità dell'esercizio del potere sulla base della norma che lo ha attribuito, non resta che il merito quale espressione della volontà che ha posto l'atto.

Non così nel contratto dove l'autoregolazione degli interessi ha una genesi sociale e non deriva da un potere attribuito dall'ordinamento. Il diritto si limita a disciplinare un fatto sociale che lo precede e che ha una peculiare struttura precettiva. Nel caso del contratto il giudizio di legittimità alla stregua della fattispecie legale non esaurisce la valutazione giuridica perché il contratto, in quanto autoregolamentazione di interessi, non è un comune fatto giuridico. All'esito delle riduzioni e integrazioni del regolamento cui provvede la disciplina della fattispecie resta sporgente una regolazione d'interessi, che la struttura di fattispecie legale non può assorbire e che pertanto non può essere concepita come merito insindacabile. Il presupposto della non sindacabilità delle scelte della volontà che ha posto l'atto è l'esaurimento del giudizio di conformità al diritto sulla base del controllo di coerenza alla norma costituzionale, come avviene nel caso della legge, o alla norma attributiva del potere, come nel caso del provvedimento amministrativo. Il giudizio di conformità al diritto non si esaurisce invece nel controllo del contratto alla luce della fattispecie legale perché il negozio è autoregolazione sociale che precede il sistema normativo di attribuzione dei poteri e non fonte formale di diritto. Inoltre, in quanto regolazione, eccede la struttura della fattispecie. Permane

quindi una carica regolamentare non ridicibile a merito, inteso come espressione della volontà che ha posto l'atto. Tale carica regolamentare resta valutabile dal punto di vista del diritto e, trattandosi di materia non circoscrivibile nel perimetro della fattispecie contemplata dalla legge (e residuata al filtro di quest'ultima), non resta che il diritto costituzionale, e segnatamente i principi costituzionali.

Si apre un territorio inesplorato per il sindacato del giudice di *civil law*. Il controllo giudiziale di un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte ricade nella sfera del bilanciamento dei principi costituzionali relativo alle circostanze del caso. Volontà privata non sindacabile è solo quella che resiste al giudizio di conformità alla regola giuridica del caso concreto derivante dal bilanciamento dei principi. E' quest'ultima regola che fornisce il criterio per valutare se c'è uno squilibrio rilevante per il diritto. Il giudice provvede all'individuazione della norma concreta di diritto bilanciando, in relazione alle circostanze del caso, il complesso dei principi costituzionali che vengono in rilievo sulla base del particolare esercizio dell'autonomia privata. Quali sono i rimedi cui attingere per il sindacato giudiziale sul contratto attraverso i principi costituzionali?

La nullità non può venire in rilievo perché è istituto inerente alla fattispecie legale. Non viene in gioco neanche la categoria d'inefficacia. L'efficacia, quale produzione degli effetti giuridici, è ancora manifestazione della fattispecie e qui siamo oltre la fattispecie. Ciò che rileva è più propriamente l'attuazione del contratto, valido ed efficace. Va qui ripresa la distinzione fra efficacia ed esecuzione, la prima quale estrinsecazione della fattispecie legale mediante la produzione dell'effetto giuridico e la seconda quale realizzazione del programma d'interessi sul piano del fatto Giaquinto (1967). Il sindacato del giudice sul contratto mediante i principi costituzionali, in quanto estraneo (e successivo) a quello relativo alla fattispecie legale, incide non al livello degli effetti, e cioè della validità e dell'efficacia, ma al livello del fatto, e cioè dell'esecuzione. Il regolamento d'interessi iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte è un regolamento legalmente valido

e produttivo di effetti giuridici, ma la parte contrattuale pregiudicata, convenuta in giudizio per l'esecuzione del negozio, può eccepirne la non opponibilità alla luce del bilanciamento in concreto dei principi che consenta di qualificare l'accordo negoziale in termini di grave iniquità. A quel regolamento, valido ed efficace, non può essere prestata esecuzione perché lo squilibrio che connota il programma d'interessi è fatto impeditivo della sua attuazione. Il negozio non è inefficace, ma la possibilità materiale di metterlo in esecuzione è impedita dall'eccezione di squilibrio significativo.

La vicenda diventa a questo punto tutta processuale perché il diritto rimediale acquista visibilità quale tutela essenzialmente processuale. Come nello *ius honorarium* che scaturì dalla giurisdizione dei pretori a Roma, il diritto della parte convenuta in giudizio per l'adempimento del contratto gravemente squilibrato si presenta nella forma della possibilità di sollevare una *exceptio*. Uno strumento a disposizione della prassi è quello della paralisi in sede processuale dell'eseguibilità di un accordo valido mediante l'*exceptio doli generalis*, ma in un'ottica puramente rimediale altre forme di tutela possono essere identificate nella risoluzione delle singole controversie.

Il sindacato sul contratto alla luce dei principi costituzionali rinvia alla formazione di un diritto casistico nel quale il punto di appoggio del giudice è la catena dei precedenti al cui sviluppo anch'egli è chiamato a contribuire attivamente. Se non viene posto in questa prospettiva il sindacato del giudice diventa fattore di incertezza del diritto ed espressione di convinzioni soggettive di valore. Anche qui bisogna presumere un appello all'ideale bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso e ritenere operante l'efficacia vincolante del precedente giudiziario cui il nuovo caso sia riconducibile. Le parti del contratto devono confidare sulla sicurezza e prevedibilità del traffico giuridico. Un'esigenza analoga emerge del resto quando il giudice dirime la controversia in materia contrattuale mediante la concretizzazione della clausola generale sulla buona fede prevista dal codice civile.

L'applicazione della regola dello *stare decisis*, con riferimento ad una giurisprudenza sul contratto iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, apre nuovi scenari per il giudice di *civil law*.

Referencias

- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, XVI(2).
- Alexy, R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali*. Bologna: Il Mulino.
- Antonioli, L. (1993). Deflorian, Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese. *Rivista di diritto civile*, 39(0).
- Baratta, A. (1965). Responsabilità civile e certezza del diritto. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28.
- Berlin, I. (2001). *Le radici del Romanticismo*. Milano: Adelphi.
- Betti, E. (1950). *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: UTET.
- Betti, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffré.
- Bin, R. (1992). Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. Milano: Giuffré.
- Brandt, R. (1999). Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms. *European Journal of Philosophy*, VII, 179.
- Cass. 25 gennaio (2017). 1946, id., 2017, I, col. 477 con note di N. Lipari, Giudice legislatore e G. Amoroso, Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore.
- Corte. (2006). dir. uomo 6 dicembre 2007, Beian c. Romania, n. 30658/05 e 15 giugno 2006, Tudor c. Romania, n. 6928/04.
- Corte cost (1998). n. 11, in Il Foro italiano, 1998, I, col. 996 e 26 settembre 1998, n. 347, ibidem, col. 3042.
- Corte cost. (2007). 24 luglio 2009, n. 236, in Il Foro italiano, 2009, I, col. 2921 e 26 gennaio, n. 11, id., 2007, I, col. 1053.
- Corte. (2008). Dir. uomo 18 dicembre, Unedic c. Francia, n. 20153/04.
- Dahl, R. A. (1990). *La democrazia e i suoi critici*. Roma: Editori Riuniti.
- Dworkin, R. (1982). *I diritti presi sul serio*. Bologna: il Mulino.

- Dworkin, R. (1989). *L'impero del diritto*. Milano: il Saggiatore.
- Ely, J. H. (1981). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Boston: Harvard University press.
- Esser, J. (1983). *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Fioravanti, M. (1995). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- Giaquinto, A. (1967). *L'esecuzione del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Gonzales, R. C. (2016). From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: the Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism. *Transnational Legal Theory*, VII(2).
- Habermas, J. (2002). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Bari: Laterza.
- Irti, N. (2016). Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica. *Rivista di diritto processuale*, 71(4-5).
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli.
- Kelsen, H. & Schmitt, K. (2018). *Oltre il Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Kelsen, H. (1975). *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Mengoni, L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Pino, G. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti*. Bologna: Il Mulino.
- Pizzorusso, A. (2011). *Delle fonti del diritto*. Bologna: Zanichelli.
- Rodotà, S. (1965). *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.
- Schmitt, C. (1984). *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Scoditti, E. (2017). Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario. *Giustizia civile*, 277.
- Scognamiglio, R. (1969). *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene.
- Weber, M. (1980). *Economia e società*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Weber, M. (1980). *Il lavoro intellettuale come professione*. Torino: Einaudi

EL DERECHO A LA CONVIVENCIA PACÍFICA COMO GARANTÍA PARA EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: EN EL LENTE DE LA JUSTICIA

ADRIANA PATRICIA ARBOLEDA LÓPEZ¹, LEIDY CATALINA
ACOSTA AGUDELO², CAMILO ANDRÉS ECHEVERRI
GUTIÉRREZ³

271

“Los derechos del hombre y del ciudadano plasman propósitos, deseos, anhelos, necesidades muy sentidas, y, entonces, se expresan como si fueran intangibles”

Carlos Gaviria Díaz

1 Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional y en Ciencias de la Educación con Enfoque en Investigación Compleja y Transdisciplinar de la Universidad Simón Bolívar. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Abogada Conciliadora. Magíster en Derecho Procesal. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, clasificación Senior del SNCTI. Correo: aarboleda@americana.edu.co

2 Magíster en Administración de Negocios Internacionales, Administradora de Empresas, Docente investigadora del Programa de Negocios Internacionales de la Corporación Universitaria Americana. Correo: cataacosta83@hotmail.com

3 Magíster en Administración Empresarial del Tecnológico de Monterrey, Magíster en Administración de Negocios Internacionales, Especialista en Gestión Tributaria, Contador Público, Vicerrector General de la Corporación Universitaria Americana -Sede Medellín, clasificación Asociado del SNCTI. Correo: cecheverri@coruniamericana.edu.co

Resumen

La síntesis histórica que ha debido atravesar la organización de los seres humanos en su vida en sociedad demuestra, sin lugar a duda, que la historia de tal proceso es la historia misma de la evolución de los Derechos Humanos. De ella hacen parte la abolición de la esclavitud, el rechazo de la tortura y de los maltratos, el establecimiento de garantías para impedir las detenciones arbitrarias y los procesos injustos, la exigencia de ampliar la cobertura en educación con oportunidad de acceso para las personas, la conquista del sufragio femenino y muchos otros momentos que motivaron el camino hacia la inviolabilidad y autonomía de los derechos de los ciudadanos. En esta medida, la promoción y garantía de Mecanismos Complementarios de Solución de Conflictos representa una verdadera concreción de acceso a la justicia y convivencia pacífica a través de métodos complementarios al pleito jurisdiccional adversarial que tiene lugar en las instituciones formales creadas para tal fin, con lo que se hace posible garantizar el aprendizaje y la restitución del daño como elementos fundamentales para la transformación y el fortalecimiento del tejido social, así como la existencia de un orden social justo.

Palabras clave: mecanismos complementarios, conflicto, Derechos Humanos, límite al poder, goce efectivo.

Introducción

A lo largo de la historia, han sido diversas las maneras en que los seres humanos han buscado la forma de organización social que mejor se adecúe a las necesidades y a las expectativas de su tiempo. Desde las primeras formas de organización social en clanes y tribus, pasando por las concentraciones sociales de los imperios y las sociedades feudales, hasta los Estados Nacionales que hoy se conocen, existe un

elemento fundamental que ha servido como motor de la evolución social de la humanidad: el conflicto. Así, la transferencia del estado de guerra de los grupos sociales a la constitución en naciones (Beccaria, 1994, 4), condujo necesariamente a los seres humanos a construir sistemas de regulación de comportamiento que reflejaran los principios sobre los cuales estaban soportadas sus respectivos sistemas de organización social. Así las cosas, la evolución social ha ido de la mano de la evolución normativa. A veces lo ha hecho de forma progresiva y, en no pocas ocasiones, de forma regresiva, pero siempre estimulada por los conflictos de la época y las controversias alrededor de la satisfacción de necesidades cada vez más apremiantes o de expectativas cada vez más diversas.

Ahora bien, la presencia de seres humanos organizados socialmente bajo la forma estatal moderna, en la que se predica la dignidad, la igualdad y la libertad de hombres y mujeres refleja la síntesis de una serie de desarrollos filosóficos derivados de la superación del mito y la creencia religiosa por el análisis racional y por los descubrimientos científicos (Gaviria, 2011, 59); dicho de otra forma, la sociedad de hoy es el resultado del imperio de la razón sobre la sinrazón. Es a partir de ello que los hombres y mujeres descubren que no solo pueden tener obligaciones, sino que pueden acceder a derechos como miembros de una sociedad, asunto que se deriva de su condición misma de seres humanos.

De esta forma, el Estado, como esa nueva forma de organización social, implica para los seres humanos hacer el tránsito más importante de los últimos siglos: adquirir conciencia alrededor del poder, ya no como objetos de este sino como sujetos que pueden ejercerlo; esto es, la transformación en ciudadanos cobijados bajo un mismo sistema social les garantiza también la igualdad de condiciones respecto del sistema jurídico al que están sometidos voluntariamente a través de un *contrato social*, en el que Rousseau (1762) propone que la persona humana tiene una doble función, por un lado es titular de derechos y, por el otro, es sujeto de ellos, es decir, crea las leyes por las cuales ha de ser sometido.

En el marco de lo anterior, los derechos de los seres humanos aparecen como expresión de todo aquello que limita el ejercicio del poder, es decir, que protege a los seres humanos, convertidos en ciudadanos, de la forma de organización social que ellos mismos crearon. Así, los Derechos Humanos son el límite al poder que el Estado ejerce sobre su población a través de las instituciones.

Como se ha dicho, el motor de la historia de la humanidad ha sido el conflicto. Sin embargo, en la medida en que se fue desarrollando una especialización cada vez más localizada de las características que deben cumplir los Estados alrededor del mundo, se ha pretendido evitar los conflictos bajo la idea de que se deben sancionar las conductas o comportamientos no adaptativos en el plano social (Silvera, Arboleda y Saker, 2015, 92); para ello se han dispuesto las instituciones modernas con el fin de lograr sociedades sin conflicto, lo que resulta paradójico siendo evidentes los beneficios derivados de su existencia y el potencial transformador que le es inherente:

El conflicto es un proceso interactivo, cuando se presente, se podrá ver como riesgo o como oportunidad de cambio. Un conflicto se minimiza o aumenta dependiendo de la respuesta al mismo. Lo ideal es encausarlo de manera constructiva y positiva, para verlo como una oportunidad de aprendizaje y de mejorar las relaciones venideras. (Silvera, Arboleda y Saker, 2015, 91).

La existencia del Estado se fundamenta pues, con la intención de mantener un equilibrio adecuado entre el cumplimiento de las obligaciones y el goce efectivo de los derechos. Asunto contrario a la supresión de los conflictos. Por esto los Derechos Humanos como principio sobre los cuales se cimienta esta forma de organización social, se convierten a la vez en su propio límite. Así, evidenciar la relación recíproca existente entre el sujeto individual y el sujeto social permite trazar la ruta por medio de la cual, en lugar de erradicar los conflictos de las sociedades, se garantice un tratamiento adecuado que permita su gestión y posterior solución con el fin de garantizar derechos humanos que soporten la existencia misma

del Estado. La convivencia pacífica, la justicia, la participación democrática y la dignidad humana son algunos de ellos.

El goce efectivo de los Derechos Humanos en Colombia

Muchos son los objetivos que persigue un Estado. Entre ellos han de destacarse los correspondientes a la garantía de los derechos, el aseguramiento de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden social justo y el respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones (Arboleda, 2012, 58). La soberanía nacional, los sistemas de gobierno representativos, la libertad individual, el derecho de los pueblos a la resistencia, la separación de poderes, el acceso a la justicia, la supremacía de la ley, la destinación de la fuerza pública en la protección de los intereses colectivos, entre otros, se convierten, pues, en los principios fundamentales que soportan la existencia del Estado como forma de organización social (Casado, 2013, 39).

Garantizar el goce de los derechos consagrados en los sistemas jurídicos requiere la existencia de instituciones que aseguren este cometido; así, la división de poderes, por ejemplo, encuentra su finalidad en tanto se materializan los derechos ciudadanos que permitan establecer órdenes sociales justos. De esta forma, se comprende que es necesario crear normas y buscar herramientas, figuras, medios que permitan la convivencia social (Silvera, Arboleda y Saker, 2015, 91) a través del diseño ejecutivo o del castigo cuando se hayan incumplido. Esto es lo que garantiza la legitimidad frente a los individuos que se encuentran sometidos al *contrato social*. La fórmula según la cual Colombia es un Estado social de derecho indica, en palabras de la Corte Constitucional que:

Mientras que el [Estado de derecho liberal] busca ante todo limitar el poder, de tal manera que no pueda amenazar los derechos y libertades de los ciudadanos, el

[Estado social de derecho] acoge esa limitación del poder, pero también precisa que el Estado debe cumplir con unos fines en la sociedad, lo cual implica que intervenga en ella. La Constitución dentro de este último modelo de Estado representa un cuerpo armónico de valores -acerca de cómo debe configurarse la comunidad social y política-, que debe encontrar su aplicación práctica, y ello produce tanto deberes para el Estado como para los asociados. (Sentencia SU-747, 1998).

Ahora bien, de la Constitución, como cuerpo de valores, se desprende para los ciudadanos colombianos un acervo de derechos que están contemplados como los límites infranqueables por parte del Estado, frente a los cuales se obliga a encontrar una concreción práctica. Son los derechos inseparables y esenciales del ser humano, que por su propia dignidad se les concede rango constitucional (Arboleda, 2012, 59). Este cuerpo de valores, como se ha dicho, representa los fines esenciales del Estado. En ese sentido, la permanente transformación social encuentra en la convivencia pacífica y el acceso efectivo a la justicia, los puntos cardinales para lograr un goce efectivo de la dignidad humana, lo que revierte en el mejoramiento del tejido social, la participación democrática y la vigencia de un orden social justo.

Para efectos de ejemplificar este asunto, se pone al centro de la propuesta el acceso a la justicia como derecho, ya que la justicia cumple una doble función en el curso de las sociedades modernas. Por un lado, se convierte en uno de los pilares fundamentales sobre los que se soporta la existencia y legitimidad de los Estados, por el otro, el acceso a ella está revestido del mismo carácter universal, indivisible e interdependiente de los demás Derechos Humanos como la vida, la libertad o la igualdad. Entender este asunto hoy resulta de vital importancia, pues la consagración formal de los Derechos Humanos ha recorrido un largo camino para lograr los avances que hoy presenta. El acceso a la justicia ofrece dos elementos que son complementarios entre sí: uno procedimental o formal y el otro sustantivo o material; ambos gozan del mismo valor y permiten asumir esta categoría desde una concepción integral. El aspecto procedimental o formal se

refiere a la obligación que tiene el Estado (o los particulares que cumplan funciones de autoridad pública) de dar respuesta pronta, completa, imparcial y gratuita a los intereses de los particulares con sujeción a las formalidades y procedimientos establecidos; el elemento sustantivo o material, sirve de complemento en la medida que desarrolla las funciones propias del Estado con relación a los intereses, necesidades y expectativas de los ciudadanos (Cornelio, 2014, 83).

A más de lo anterior, el acceso a la justicia introduce de forma inevitable la discusión alrededor de los Mecanismos Complementarios de Solución de Conflictos -MCSC- como herramientas eficaces para la concreción de la convivencia pacífica como derecho humano. Ejemplo de ello lo ofrece el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, en su capítulo VI que se refiere al arreglo pacífico de las controversias en el plano global, con el fin de mantener la paz, garantizar la convivencia pacífica y la seguridad internacional, para que se busquen soluciones “ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”.

Lo anterior es tan solo un ejemplo a nivel internacional del curso que las sociedades deben asumir, provocando la búsqueda de alternativas a la violencia para solucionar los conflictos, dimensionando el valor de estos y reconociendo su incidencia en todos los aspectos de la vida en sociedad, por lo que es de suma importancia que las personas comprendan que existen mecanismos alternos para lograr acuerdos que permitan una salida negociada y pacífica a sus controversias. Ello debe contribuir para alcanzar una cultura de diálogo que promueva el acercamiento constante, fortaleciendo la comunicación y el entendimiento de todos los aspectos que integran al ser humano rescatando siempre el valor de la diferencia y la pluralidad. Como consecuencia de lo anterior, se garantiza el respeto por la dignidad humana, se promociona la comunicación eficaz y se contribuye de manera fehaciente a la convivencia pacífica y la paz.

El término de los Mecanismos Complementarios de Solución de Conflictos

La concepción tradicional de justicia por medio del agotamiento del sistema judicial formal del Estado por su lentitud aparece como un todo obsoleto (Redorta, 2011, 30), ya que no responde de manera adecuada a todas las controversias sociales y se presenta insuficiente para acoger y tramitar la totalidad de conflictos presentes en la sociedad. Es por ello que la tradición mayoritaria de judicializar los conflictos, por pequeños o grandes o por simples o complejos que fueran, ha agudizado la necesidad de pensar en otros métodos para resolverlos (Cornelio, 2014, 87). Así, el diálogo en la solución de conflictos se ha convertido en una opción para contribuir no solo a la descongestión judicial, se erige por sí mismo como apuesta de acceso a la justicia y desarrolla los fines del Estado, es por ello que se suscribe la concepción de los Mecanismo Complementarios de Solución de Conflictos, porque son una vía para resolver disputas, restablecer derechos, satisfacer obligaciones incumplidas o restaurar perjuicios causados (Martin Diz, 2011, 22) desde la perspectiva constitucional en el logro de la convivencia pacífica (Arboleda, 2012, 59). Representan un potencial de transformación social a través de la instalación de otras formas de justicia en las sociedades, lo que resulta más cercano para el ciudadano, más legítimo en su estructura y hace más eficiente su funcionamiento (Restrepo, 2014, 2). En el mismo sentido, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

No deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato

de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente, pues al decir Auerbach ‘sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho’. (Sentencia C-893, 2001).

Se desprenden, pues, obligaciones del Estado frente a los MCSC en la medida que son la herramienta a través de la cual se puede garantizar el acceso efectivo a la justicia como mecanismo para la aplicación práctica y el goce efectivo de los Derechos Humanos en Colombia. La obligación con estos principios a nivel internacional fue condensada, además, en la Constitución Política de 1991 a través del artículo 2º, que señala los fines esenciales del Estado; el artículo 29, sobre el debido proceso tanto en las actuaciones judiciales como administrativas de las instituciones estatales; y el artículo 229 que expresa como una obligación manifiesta del Estado la garantía en el acceso a la justicia para con sus administrados. Estos tres artículos constituyen el fundamento constitucional de la discusión propuesta al rededor del reconocimiento de los MCSC como garantía del goce efectivo de los Derechos Humanos en Colombia, pues la convivencia pacífica y el acceso a la justicia resignifican al ser humano dentro de una sociedad que debe explorar mecanismos alternos a los adversariales para la resolución de sus conflictos, y de manera prioritaria, para la construcción de una sociedad en paz que respete la pluralidad y que comprenda el valor del “otro”, que permita gestionar y tomar decisiones para el beneficio colectivo sobre el interés individual.

Además de lo anterior, es importante destacar que el diálogo y la convivencia pacífica cumplen con las dos dimensiones de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de 1991. La dimensión subjetiva, es decir, que se predica de y para los seres humanos, es una actividad que se dirige de

manera exclusiva para los ciudadanos y existe con ellos por su condición natural, es decir, les es inherente por ser humanos. La dimensión objetiva refiere que se deben garantizar por parte del Estado, independientemente de las condiciones particulares de los destinatarios, además de inscribirse en la distinción tradicional de los Derechos Humanos de orden cronológico como derechos civiles y políticos.

Conclusiones

El surgimiento del concepto de Derechos Humanos se desarrolla como elemento de control al poder de una forma determinada de organización social llamada Estado; de allí los principios que soportan la existencia del Estado se convierten en su propio límite.

Los Mecanismos Complementarios de Solución de Conflictos –MCSC-, ponen en el centro al ser humano al tramitar y gestionar los conflictos derivados de la vida en sociedad, los MCSC son, efectivamente, un canal por medio del cual se busca garantizar los derechos que son inherentes a nuestra condición humana.

Los MCSC se identifican con sistemas normativos que promueven la materialización de los derechos, pues se ponen al servicio de una justicia material, legítima y eficiente que enriquecen la participación ciudadana.

Los MCSC proponen la gestión y posterior solución de los conflictos a través de los directamente involucrados, estimulando en los ciudadanos la capacidad de generar aprendizajes y construir tejido social alrededor de la asunción de sus propios conflictos.

Es necesario comprender y gestionar los conflictos desde una perspectiva interdisciplinar que ponga al centro al ser humano, entendido este como un sujeto en permanente construcción.

La justicia como elemento fundamental para la organización de una sociedad debe ser entendida integralmente para garantizar estabilidad social, y ello es posible a través del reconocimiento de los MCSC, por el significativo potencial de transformación que representan, pues permiten la instalación de otras formas de justicia en la sociedad, más cercanas al ciudadano, más legítimas en su estructura y en su funcionamiento, en la medida en que las partes en conflicto cuentan con la posibilidad de gestionarlos, con la libertad de encontrar sus propias salidas, con la intención de contribuir en la reconstrucción del tejido social y con la responsabilidad de pensar no solo en su bienestar sino también en el de las otras personas.

Referencias

- Arboleda, A. (2012). *El derecho fundamental al debido proceso y las garantías que lo integran*. *Revista En-Clave social*, 1 (2), 56-63. Recuperado de: <http://repository.lasallista.edu.co/dspace/handle/10567/1000>
- Arboleda, A. (2014). *La conciliación: una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia*. *Revista Lasallista de investigación*, II (1). 192-202. Recuperado de: <http://repository.lasallista.edu.co:8080/ojs/index.php/rldi/article/view/578>
- Arboleda, A. (2016). Mediación interdisciplinaria como estrategia pedagógica para la solución alternativa de toda clase de conflictos. *Revista Espacios*, 39(15). Recuperado de: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n15/a18v39n15p03.pdf>
- Beccaria, C. (1994). *De los delitos y las penas*. (3° Ed). Bogotá: Ed. Temis.
- Casado, F. (2013). *Introducción a los Derechos Humanos desde una perspectiva Bolivariana y Revolucionaria*. Caracas: Fondo Editorial Asamblea Nacional Willian Lara. Constitución Política de Colombia.
- Gaviria, C. (2011). *Los derechos en la Revolución Francesa y su influencia en la Independencia*. Memoria con sentido de futuro. Cátedra del Bicentenario. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Organización de las Naciones Unidas. ONU. (1945). Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

MINERÍA EN COLOMBIA: TENSIONES CONSTITUCIONALES¹

OTONIEL BURGOS CLAROS², JULIÁN ANDRÉS MARTÍNEZ
NOREÑA³, JULIÁN ALFREDO MARÍN GÓMEZ⁴

Resumen

Este capítulo contiene reflexiones relacionadas con las tensiones constitucionales surgidas en el marco de la minería en Colombia y particularmente las que se presentan en el departamento de Caldas con ocasión de la minería ilícita

285

1 Este capítulo es un resultado parcial de las siguientes investigaciones: “Eficacia jurídica del derecho al Ambiente Sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro”; “Eficacia de la normatividad minera del marco de actuación policial en la lucha contra la minería ilegal. Caso ribera del río Cauca, departamentos de Caldas y Risaralda”, y “Tensiones constitucionales entre la actuación policial en los procedimientos contra la minería ilegal vs. el derecho al mínimo vital y móvil de los mineros manuales informales en la ribera del río Cauca -Municipio de Filadelfia. Departamento de Caldas Colombia”.

2 Abogado. Especialista en Investigación Criminal. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Estudiante Especialización en Legislación Tributaria Nacional e Internacional. Intendente de la Policía Nacional. Docente, investigador, responsable de información y divulgación e integrante del Grupo de Investigación ESAGU, reconocido por Colciencias. Correo: otoniel.burgos.claros@gmail.com

3 Abogado. Especialista en Investigación Criminal. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Intendente de la Policía Nacional. Docente, investigador, integrante del Grupo de Investigación ESAGU, reconocido por Colciencias. Correo: julianjamn@gmail.com

4 Abogado. Especialista en Investigación Criminal. Candidato a Magíster en Derecho Público de la Universidad de Caldas. Candidato a Magíster en Ciencias Jurídicas de la Universidad UNIVALI de Brasil. Estudiante Especialización en Alta Gerencia. Intendente de la Policía Nacional, docente, investigador, integrante del Grupo de Investigación ESAGU reconocido por Colciencias. Correo: julianmaring0626@gmail.com

y manual. Los razonamientos derivan de los resultados parciales obtenidos dentro de las investigaciones que se están desarrollando en las facultades de ciencias jurídicas de las universidades de Manizales y Caldas, en los programas académicos de Maestría en Derecho y de Maestría en Derecho Público respectivamente, por el personal policial adscrito al grupo de investigación de la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez. Se abordan tensiones constitucionales relacionadas con la eficacia de las normas jurídicas y las que se originan entre el interés general y el particular, entre los derechos colectivos, del ambiente y los económicos -aquí se incluye el trabajo y el mínimo vital existencial-, entre quienes por enmarcarse en la legalidad pagan tributo al Estado y quienes, por ser ilícitos, no lo hacen -principio de igualdad-, entre quienes por desconocimiento no solicitan la protección del ambiente sano y quienes por la misma causa no lo garantizan.

Palabras clave: tensiones constitucionales, derecho al ambiente sano, minería ilícita, minería manual informal, eficacia jurídica, actividad de policía.

Introducción

Este trabajo surge como resultado de la articulación de esfuerzos de investigadores e instituciones de educación superior de la ciudad de Manizales, como son: la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez, la Universidad de Manizales y la Universidad de Caldas. Para su elaboración fue necesario fusionar e integrar los resultados parcialmente alcanzados dentro de las investigaciones denominadas *Eficacia jurídica del derecho al Ambiente Sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el Departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro, Eficacia de la normatividad minera del marco de actuación policial en la lucha contra la minería ilegal. Caso ribera del río Cauca, departamentos de Caldas*

y Risaralda, y Tensiones constitucionales entre la actuación policial en los procedimientos contra la minería ilegal vs. el derecho al mínimo vital y móvil de los mineros manuales informales en la ribera del río Cauca—Municipio de Filadelfia. Departamento de Caldas Colombia.

Para poner en evidencia algunas de las tensiones constitucionales que se patentan en Colombia, y de manera particular en el departamento de Caldas, con motivo de la extracción manual e ilícita de minerales, específicamente de oro. Los temas desarrollados en el presente trabajo son: análisis del derecho al ambiente sano en la estrategia integral de la Policía Nacional en contra de la minería ilícita de oro en el departamento de Caldas, la eficacia de las normas mineras que regulan la actuación policial en contra de la minería ilegal desde el punto de vista de diferentes autores involucrados en los procedimientos, así como las tensiones constitucionales entre la actuación policial y la extracción minera manual.

Análisis del derecho al ambiente sano en la estrategia integral de la Policía Nacional en contra de la minería ilícita de oro en el departamento de Caldas

En esta sección del artículo se alude a las tensiones constitucionales evidenciadas dentro de la investigación en desarrollo, denominada *Eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro*. Se trata de un proyecto de indagación científica enmarcado en un paradigma cualitativo con enfoque descriptivo-interpretativo y método inductivo; las técnicas de recolección de información utilizadas fueron: la revisión documental y la entrevista semiestructurada; los instrumentos empleados: resúmenes analíticos y guía de entrevista. Para responder el interrogante planteado dentro de la investigación se

formularon los siguientes objetivos específicos: identificar en el ordenamiento jurídico Colombiano (ley–precedente judicial) los componentes estructurales del derecho a gozar de un ambiente sano; describir la estrategia de intervención integral con que cuenta la Policía Nacional para contrarrestar la minería ilícita de oro en el departamento de Caldas, y determinar la incidencia en el mencionado ente territorial, del despliegue de la estrategia de intervención integral de la Policía Nacional en contra del citado fenómeno criminal, en relación con la garantía y protección del derecho a gozar de un ambiente sano. Empero, en esta sección del trabajo se tendrán en cuenta únicamente los resultados alcanzados dentro del primer objetivo específico planteado.

Minería ilícita vs. derecho al ambiente sano: un dilema constitucional

288

Burgos (2018) sostuvo que a pesar de la consagración constitucional del derecho de todos a gozar de un ambiente en Colombia (artículo 79), en la actualidad hay múltiples causas que lo amenazan, vulneran, impiden su disfrute o le generan algún tipo de afectación. Aduce además que la extracción minera es uno de los factores conculcadores del citado derecho, pues de su despliegue se desprenden pasivos ambientales significativos como son: destrucción de flora, fauna y ecosistemas, así como contaminación del aire, agua y suelo, entre otros. Sin embargo, para el autor, es la minería ilícita la que, por escapar a los controles estatales a los que se encuentra sometida aquella que se desarrolla en el marco de la legalidad, ocasiona afectaciones medioambientales de mayor impacto.

Los efectos devastadores generados por el fenómeno se multiplican y adquieren mayor connotación si se toma en cuenta que se trata de una actividad delictiva que, luego de surgir en algunos lugares del país, se expande a lo largo y ancho

del territorio nacional, crece vertiginosa e incontroladamente hasta el punto de contestar con otras problemáticas delincuenciales como son: la conformación y financiación de bandas criminales o grupos delincuenciales organizados al margen de la ley, los desplazamientos, homicidios, lesiones, secuestros, extorsión, lavado de activos, microtráfico de narcóticos, mercado negro de armas y explosivos, entre otros (Policía Nacional de Colombia, 2013, 79), lo que además de arraigar la problemática, pone en evidencia la complejidad que encarna la minería ilícita en Colombia.

La Policía Nacional, en cumplimiento de la misión que le fue constitucionalmente confiada (artículo 218) -consistente en generar condiciones necesarias para el ejercicio de libertades y derechos- y, en esa línea, responsable de materializar el preámbulo de la Constitución Política de Colombia y los fines esenciales del Estado, como son: “servir a la comunidad (...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (artículo 2), diseñó y puso en marcha la Estrategia de Intervención Integral Contra la Minería Ilícita -EIMIL-, con la que viene obteniendo importantes resultados. No obstante, es claro que pese a las operaciones de gran significación que se han llevado a cabo por parte de la Policía Nacional en torno a la minería ilícita, reflejadas entre otras cosas en capturas, incautaciones, cierre de minas y destrucción de maquinaria, el fenómeno criminal parece estar cada día más fuerte, al punto de generar la sensación de crecimiento exorbitantemente, lo que ha llevado al investigador a cuestionarse acerca de ¿cuál es la Eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro?

Con base en lo anterior, se observa que los planteamientos problemáticos que fungen como punto de partida para el desarrollo de la actual indagación, contiene tensiones constitucionales multiformes y con matices diferentes; en primer lugar,

se advierten posturas encontradas entre quienes defienden el derecho al ambiente sano y los que se inclinan por los intereses económicos argumentando el mínimo vital existencial. Al respecto Palacio (2013) dijo que:

La comunidad objeto de estudio presenta valores contradictorios, relacionados con los aspectos sociales y ambientales, porque si bien ellos son conocedores del daño que le produce la minería en la zona al ecosistema y al entorno social, no actúan para evitar este daño, consideran que prima la actividad económica fruto de la minería, ya que esta les garantiza sus ingresos económicos. (101 y 102).

En el mismo sentido, aunque con significadas diferencias, Güiza adujo que la minería en Colombia “ha sido una fuente de subsistencia y de fortuna para sus pobladores a lo largo de la historia nacional y, al mismo tiempo, una de las actividades de mayor impacto sobre el patrimonio natural de la nación” (2011, 135). En segundo lugar, a propósito de los aspectos económicos y en lo que respecta al principio de igualdad, se evidencia una tensión fuerte entre quienes ejercen la minería en el marco de la legalidad, y en tal sentido pagan impuestos y regalías, según el caso, y aquellos que la desarrollan por fuera de las normas jurídicas sin asumir costo alguno. Sobre el tema, la Policía Nacional de Colombia (2014) citando a la Organización de Naciones Unidas, manifestó que la minería ilegal “torpedea el control y la administración de los recursos del Estado y, en esa medida, genera un enorme costo social, toda vez que afecta las fuentes de empleo, de ingresos tributarios” (p. 2). En tercer lugar, la pugna constitucional se materializa entre quienes acuden al interés general como pilar fundamental del Estado social de derecho (artículo 1, Constitución Política) y los que buscan beneficios particulares; finalmente, esta tensión se da entre los que solicitan la protección y garantía de derechos económicos, colectivos y conexos (entre ellos los de naturaleza fundamental) y lo que al respecto debe adelantar la Policía Nacional en el marco de su misión constitucional.

El derecho a gozar de un ambiente sano en el sistema jurídico colombiano

Con relación al desarrollo constitucional, legal y de precedente judicial que ha tenido el derecho a gozar de un ambiente en Colombia, Burgos (2018), a partir del análisis de algunas normas jurídicas y de fuentes especializadas, sostiene que con excepción de las disposiciones normativas de economía forestal y de conservación de recursos naturales renovables de la Nación (Ley 2, 1959, artículos 1 y ss.), la conferencia convocada por Naciones Unidas y desarrollada entre el 5 y 16 de junio de 1972 en Estocolmo Suecia, que tuvo como objetivo principal tratar asuntos ambientales internacionales, así como establecer principios rectores que enmarcaran la política ambiental de los países del mundo y los sistemas regionales de derechos humanos, constituyó para el Estado colombiano la génesis del derecho constitucional a gozar de un ambiente sano (17).

El influjo de la Conferencia de Naciones Unidas acerca del medio ambiente humano, condujo a que en 1973, el Congreso de Colombia en ejercicio de sus funciones, expidiera la Ley 23 en la que, además de preceptuar que el medio ambiente estaba conformado por la atmósfera y los recursos naturales renovables, facultó al presidente de la República para la expedición del Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente, con el fin de prevenir, controlar, conservar, restaurar el entorno natural, con énfasis en los recursos renovables.

El Jefe de Gobierno de turno, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República, procedió a proferir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente, incorporando de manera expresa el derecho de las personas al ambiente sano (Decreto 2811 de 1974). La creación, en 1991, de la nueva Constitución Política de Colombia, hizo que la citada prerrogativa abandonara su estatus legal y adquiriera un rango constitucional (artículo 79) y desde entonces ha venido siendo desarrollado por distintas normativas jurídicas.

En relación con la naturaleza del derecho a que se viene haciendo referencia, la Ley 23 de 1973 y el Decreto 2811 de 1974 preceptúan que el medio ambiente es patrimonio común de las personas. Al ligar esto con la consagración expresa del derecho a gozar de un ambiente sano en el acápite denominado “derechos colectivos y del ambiente” de la Constitución Política colombiana de 1991, surge como resultado el carácter colectivo del mismo.

Por su parte, la Corte Constitucional, al resolver litigios alrededor del ambiente sano, desde 1992 hasta el 2018, ha variado su postura en lo que respecta a la naturaleza jurídica del citado derecho. En un principio sostuvo el carácter fundamental de la salubridad pública en virtud de la conexidad con otros derechos fundamentales (Sentencia T-406, 1992); en otra de sus providencias el máximo tribunal argumentó la naturaleza esencial del ambiente sano, analizándolo en conjunto con lo que denominó “constitución ecológica” y con el derecho a la vida; del anterior examen hizo desprender “que el ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro” (Sentencia T-411, 1992).

En otra oportunidad, el citado órgano judicial incurrió en contradicciones. Por un lado dijo que el ambiente sano constituía el conjunto de condiciones básicas necesarias para la supervivencia del ser humano (dimensión fundamental del derecho) y, por el otro, procedió a tutelarlos en virtud de la conexidad con derechos como salubridad, vida, trabajo y prevalencia del interés general (Sentencia T-415, 1992), patentando de esta manera el carácter colectivo que le atribuyó en esa oportunidad. La antinomia jurisprudencial en referencia se resolvió en 1993 a través de la sentencia de unificación número SU-067, cuando el órgano de cierre constitucional advirtió la necesidad de la relación entre la afectación del ambiente sano y la de un derecho fundamental, para la procedencia de la acción de tutela -creada para el amparo de derechos fundamentales- como mecanismo idóneo para la protección subsidiaria del primero de los derechos (Sentencia T-154, 2013). Lo

anterior deja ver la naturaleza colectiva del ambiente sano, situación que hasta la fecha no ha cambiado (Sentencia T-294, 2014).

Por otra parte, el sistema jurídico colombiano al referirse al medio ambiente y al ambiente sano, no dice nada -expresa o taxativamente- acerca de sus componentes o su objeto, lo que ha llevado a equiparar estos conceptos a partir de la vaguedad e indeterminación que poseen. Para Serna (2007) el medio ambiente está compuesto por:

Elementos abióticos (el aire, el agua, el suelo, las rocas, los minerales, la energía, la atmósfera, el clima); bióticos (organismos vivos: la flora, la fauna, los seres humanos) y componentes sociales, que se refieren a los derivados de las relaciones que se manifiestan a través de la cultura, la ideología y la economía, son productos de la actividad humana, como lo son las expresiones culturales (el lenguaje, las costumbres, las creencias, el arte, la ciencia, la tecnología. (356).

Los titulares y obligados del derecho al ambiente sano, tal como lo prescriben las normas jurídicas colombianas, entre ellas, la que desarrolla el principio de desarrollo sostenible, son las generaciones presentes y futuras, así como las colectividades e individuos que las integran. El Estado colombiano funge como el responsable principal y en consecuencia, debe adelantar acciones fácticas (Arango, 2012) y jurídicas encaminadas a su protección y garantía. En lo que respecta a la obligación, la Corte Constitucional dijo que “la protección del medio ambiente no sólo incumbe al Estado, sino a todos los estamentos de la sociedad; es un compromiso de la presente generación y de las futuras” (Sentencia T-415, 1992).

Los mecanismos de protección con que cuenta el derecho al ambiente sano son: las acciones populares y de grupo, cuando lo que se quiera sea la cesación de amenazas o vulneraciones de la versión colectiva del derecho, o el resarcimiento de perjuicios (indemnizaciones) ocasionados en relación con el mismo, según el caso. En los eventos en que se advierta conexidad entre la afectación del derecho

colectivo y la conculcación de derechos fundamentales, es la acción de tutela la que el peticionario realmente afectado puede utilizar (Sentencia T-154, 2013). No obstante lo anterior, se evidencia en el sistema jurídico colombiano que no hay claridad acerca de lo que debe entenderse por “derecho a gozar de un ambiente sano”, a lo que se suma la movilidad del sentido del lenguaje, que incluye entre otros aspectos, la textura abierta, la indeterminación y la vaguedad las palabras (García, 2014), lo que ha traído aparejados conflictos constitucionales. El primer escenario se hace evidente en aquellas situaciones en las que los ciudadanos, por no conocer el derecho que les asiste, no solicitan su protección y garantía.

En esa línea, el desconocimiento ha impedido a los jueces tutelar el derecho, pero les ha permitido convertir el entorno natural, en algunas ocasiones, en sujeto de derechos (STC4360-2018, 2018); la oscuridad en torno al ambiente sano ha constituido un obstáculo para el diseño y despliegue de estrategias, al igual que para la formulación de políticas públicas acertadas por parte del ejecutivo nacional -rama del poder público a la que se adscribe la Policía Nacional de Colombia-. En el mismo sentido, la falta de claridad ha impedido legislar a partir de lecturas ajustadas a las realidades sociales, alejadas de intereses particulares y vacunadas contra la ignorancia. En el campo de lo académico, según lo manifiesta Burgos (2018) parafraseando y citando a otros autores:

El estatus jurídico del derecho al ambiente sano es causal de discrepancias doctrinales. Sánchez (2012) sostiene que en algunos sistemas de normas su consagración es constitucional, como pasa en Colombia y Argentina, en tanto que en otros es apenas legal. La incorporación expresa (como sucede en España) o tácita (reflejada en el deber de protección del medio ambiente en cabeza de los estados de Alemania y Uruguay) del mencionado derecho, depende del sistema jurídico al que pertenezca. Hay quienes lo consideran un principio rector y programático, como quienes lo califican de verdadero derecho. No existe consenso acerca de su naturaleza, es decir, de si se trata de un derecho fundamental, individual o colectivo. En sus años de existencia la Corte Constitucional colombiana ha divagado contradictoriamente

entre los últimos tres conceptos, como lo muestran entre otras providencias, las Sentencias T-406, T-411 y T-415 de 1992, SU-067 de 1993, T-219 de 1994, T-154 de 2013, T-294 de 2014 y T-227 de 2017. Saulino (2015), por su parte, lo cataloga como derecho individual (279).

La eficacia de las normas mineras que regulan la actuación policial en contra de la minería ilegal

Este apartado se construyó partiendo del proyecto denominado *Eficacia de la normatividad minera dentro del marco de actuación policial en la lucha contra la minería ilegal. Caso ribera del río Cauca, departamentos de Caldas y Risaralda*.

La investigación se enmarca, desde lo metodológico, en el estudio cualitativo, por tanto, un método inductivo. Enfoque interpretativo con énfasis en el estudio de caso. Entre los participantes se destacan policiales que tuvieron la experiencia de atender casos de minería ilegal en la ribera del río Cauca en los límites entre los departamentos de Caldas y Risaralda. Las técnicas de recolección de información fueron la entrevista a profundidad y la revisión documental. Algunos de los resultados obtenidos fueron:

- Desde la jurisprudencia de las diferentes cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura), no se han hecho pronunciamientos respecto a la actuación policial en casos de minería ilegal.
- El marco normativo que regula la actuación policial en los procedimientos contra la minería ilegal corresponde a las leyes que protegen el bien jurídico tutelado del medio ambiente.

- En lo que respecta a la minería ilegal y las acciones policiales para contrarrestarla, las normas existentes son eficaces en términos de cumplimiento y aplicación, no así en materia de eficacia de éxito, porque al momento no se ha logrado erradicar dicha práctica.
- Con el estudio de caso se hizo posible apostarle a una lectura interpretativa del fenómeno investigado, a partir de la exploración de sus características (Merriam, 1988; Yin, 1994).
- El tipo de estudio de caso fue único, porque dio cuenta de las condiciones necesarias para confirmar, desafiar o ampliar una determinada teoría. Pettigrew (1990) indica que un único caso puede ser adecuado si el tratamiento del material de este es suficientemente genérico o si la calidad y la naturaleza de las conclusiones son únicas o fuertes.
- El capítulo se enmarca dentro de la temática relacionada con la problemática de la minería ilícita; así como con el sistema y control que ejerce el Estado para la extracción de los minerales, teniendo en cuenta las disposiciones jurídicas internacionales y nacionales.
- Es menester señalar que la problemática en mención ha ido en incremento y que las autoridades encargadas de su control han dado de lo mejor para contrarrestar esta conducta delictual, de ahí que la fuerza pública como apoyo para el Estado en la lucha contra la criminalidad, está instituida para proteger los derechos humanos, ahora bien, dentro de las entidades que componen la fuerza pública está la Policía Nacional, la cual posee una función constitucional (Constitución Política, artículo 218).
- Ahora bien, la Policía Nacional ha generado estrategias en aras de combatir la minería ilegal, y dentro de las políticas que ha establecido en su programa Plan Corazón Verde, ha creado la ruta de trabajo para que la Institución una sus fuerzas y cumpla el cometido estatal para lograr reducir que el flagelo

de la minería ilegal se convierta en legal, por ello se ha trazado la siguiente estrategia operativa: “EIMIL: Estrategia de Intervención Integral Contra la Explotación Ilícita de Yacimientos Mineros”, ha establecido el alcance al enmarcar el “liderazgo institucional frente a la lucha contra la minería ilícita, a partir de una intervención integral del fenómeno a nivel nacional, bajo un enfoque estratégico, investigativo, operativo, de coordinación y corresponsabilidad” (Policía Nacional, 2013, 89).

- La lucha se ha convertido en un reto para la institución policial porque, aunada a la minería ilegal, se presentan unos conflictos conexos y situaciones de vulnerabilidad de la población, como la aparición de crimen organizado, mercado negro de armas y explosivos, microtráfico de narcóticos, prostitución, juegos de azar ilegales y otra serie de conductas, que al igual se han entrado a combatir por la Fuerza Pública.
- La Policía Nacional en su afán de contrarrestar la minería ilegal, ha articulado cuatro eslabones, como son: exploración, explotación, tráfico y lavado de activos, cuyo control y sinergia generan importantes ganancias económicas para los grupos armados ilegales.

Descripción de la zona

El río Cauca es el segundo en importancia del país después del Magdalena, del cual es su principal afluente. Se mueve entre las cordilleras Central y Occidental a lo largo de 1.350 km, abarcando siete departamentos desde su nacimiento a 3.900 metros sobre el nivel del mar en el Páramo de Sotará en el Valle del Cauca, hasta llegar al Brazo de Loba cerca del municipio de Pinillos en el departamento de Bolívar (Pérez, Arrieta y Contreras, 2015, 7). La importancia del río Cauca se destaca cuando se tiene en cuenta que, en su recorrido por los departamentos del

Cauca, Valle del Cauca, Risaralda, Caldas, Antioquia, Sucre y Bolívar, se llevan a cabo labores productivas de trascendencia para la economía regional y nacional como la industria azucarera, los cultivos de café y otras actividades agropecuarias, así como actividades mineras e hidroeléctricas (Pérez, Arrieta y Contreras, 2015, 12).

La minería ilegal en el río Cauca

En atención a requerimiento que se realiza a la Agencia Nacional Minera sobre el estado y cantidad de cúbcos (túneles para la explotación minera) sobre la ribera del río Cauca, se emite comunicado de fecha 06 de septiembre de 2016, radicado bajo el número 20169090008591 de la ANM, punto de atención Manizales, en el que se informa el total de cúbcos sobre la ribera del río Cauca, que asciende a 153 cúbcos a lo largo de la ribera, datos de los que se tiene conocimiento en la Agencia, ya que, como complemento a la información por parte de la Policía Nacional, se brindó más información que al unirla con la obtenida inicialmente se pudo evidenciar un total de 305 cúbcos sobre la ribera del río.

De acuerdo a la anterior información se tiene que los cúbcos donde predomina más la actividad minera ilegal es Anserma, seguido de Neira, Filadelfia y Quinchía -Risaralda- y de las 305 minas, 194 se encuentran activas y 111 inactivas, de acuerdo a la información allegada, detallándose que día a día la minería ilegal crece más sobre dicha zona de protección, no siendo posible hasta el momento establecer las razones de su regreso.

La problemática de la minería

Ahora, es oportuno hacer énfasis en la problemática que se ha venido presentando en la ribera del río Cauca, entre los departamentos de Caldas y Risaralda, que ha revestido cierta complejidad por lo que convergen diferentes

situaciones. La misma Policía Nacional, en la guía de actuación institucional frente a la minería ilícita, ha detectado factores que afectan de cierta manera la convivencia y seguridad ciudadana:

Social: explotación infantil, incremento de prostitución, desplazamiento forzado, incremento de la pobreza, violación de derechos laborales, falta de gobernabilidad, entre otros.

Ambiental: daño a fuentes hídricas que abastecen a comunidades cercanas, deforestación indiscriminada en áreas de extracción minera y contaminación al suelo y aire.

Salubridad pública: uso de mercurio, cianuro y otras sustancias que ocasiona enfermedades debido al inadecuado manejo y manipulación de estos químicos, los cuales son altamente tóxicos y perjudiciales para la salud.

Seguridad ciudadana: conflictos sociales y económicos ilegales en las zonas de explotación minera generados por extorsiones de grupos criminales, incremento de homicidios, tráfico y microtráfico, desplazamientos y otros delitos generados por este fenómeno criminal.

Economías criminales: es una de las principales fuentes de financiamiento de organizaciones criminales a través de la extorsión, el ingreso de maquinaria e insumos, así como el alto costo del mineral y su facilidad para ser transportado y comercializado.

Con dichos factores que la Policía Nacional ha detectado y con lo que se ha encontrado en la labor de campo, se da algo importante entre la coherencia de los trabajos realizados por la Institución policial, en el que bien se identificaron aspectos que apuntan a que la minería ilegal se da al igual por otras causas a las antes descritas, siendo una de ellas la falta de oportunidades laborales, situación que da pie a que quienes la ejercen lo hagan por no tener acceso a otros sistemas laborales, como bien lo dice uno de los entrevistados en el proyecto antes referenciado.

Uno ejerce su función, pero también hay una responsabilidad con 200, 300, 500 mineros que hay en la zona, que de ahí guían, derivan el sustento a su familia y entonces miramos ahí el tema lo que llaman en la minería, la reconversión, volverlos a llevar a su estado inicial de donde laboraban, si trabajaban en el campo, si tenían algún negocio, entonces yo creo que eso también hay que mirarlo. (E4).

Las condiciones son muy difíciles, porque decirle a una persona que se deje de ganar 100 o 200 mil pesos diarios a pasar a ganarse 25 mil, realmente es muy difícil. (E4).

Se les proponen unos procesos de reconversión laboral obviamente no los aceptan porque ellos dicen que ellos semanalmente se pueden ganar más de un millón de pesos haciendo la minería de cubico y entonces no es equiparable para ellos ir en un proyecto productivo nunca les va dar semanalmente un millón. (E7).

Corolario a lo de las entrevistas y aunado a los factores que identificó la Policía Nacional, los programas de reconversión laboral van con miras a generar empleo a quienes están en la ilegalidad con la minería, pero bien se ha mostrado que son programas que no revisten de eficacia, no cumplen los objetivos propuestos debido a que en el ejercicio de la minería ilegal sus ingresos son más onerosos a los que el Estado les puede brindar.

Control de la minería ilegal, un reto interinstitucional y la eficacia jurídica de la aplicación de la norma

Uno de los éxitos en que la norma cumpla su finalidad como lo afirma Liborio Hierro (2010) es que las diferentes entidades encargadas de hacerla cumplir, es que se articule ese trabajo interinstitucional, como bien lo hacen saber algunos de los actores entrevistados en el proceso:

El papel de Corpocaldas se centra en lo netamente ambiental... Hay algunos procedimientos que se hacen en conjunto con la Agencia Nacional Minera, con el grupo de delitos ambientales, la SIJIN... Los procedimientos de alcance penal se trabajan con la Fiscalía, CTI, acompañamiento del ejército... En otros casos de minería ilegal se ha trabajado con el Ministerio de Minas y Energía, las alcaldías municipales, procuraduría ambiental y agraria. (E1).

Hay un aspecto por destacar y es el trabajo articulado de la Policía Nacional con las alcaldías municipales para que estos puedan actuar en los casos contra la minería ilegal, de ahí que como bien la norma lo prescribe, es un insumo importante y por decir el principal, el acto administrativo de cierre (artículo 306 de la Ley 685 de 2001) que debe efectuar el Alcalde como autoridad administrativa del Municipio, teniendo en cuenta que dada su facultad es quien inicia la actuación para el cierre de una mina, seguido del apoyo que brinda la Policía Nacional, al respecto uno de los actores en el proceso dice: “El acto administrativo emitido por los alcaldes es la herramienta fundamental que tienen las autoridades de policía para proceder al cerramiento y suspensión de la actividad” (E5).

En términos de la eficacia jurídica, se tiene entonces que, para que los procedimientos que se realizan en contra de la minería ilegal y que las normas que permiten que la Policía Nacional actúe en contra de dichos punibles sea aplicada a cabalidad, debe existir una corresponsabilidad de los diferentes actores del Estado que actúan contra la minería ilegal, al respecto se ha dicho: “Las medidas son eficaces si hay coordinación entre las alcaldías y la Policía, ahí la norma se hace aplicable y se van a obtener los resultados que todos queremos como es evitar la actividad minera de forma ilegal” (E5). Lo dicho no supone que la norma que regula el actuar policial en los casos de minería ilegal sea eficaz si se articula solamente el trabajo del alcalde y de la Policía, siendo este uno de los eslabones principales para hacer todo un entramado de coordinaciones con otras entidades para que se pueda hacer frente a la minería ilícita. Se tiene entonces, que el actuar de

la policía está enmarcado en las normas que regulan la minería (Ley 685 de 2001), que el hecho de que los casos no sean llevados a un feliz término, se debe a otras situaciones ajenas a la Policía Nacional, de lo cual se evidencia en las conclusiones del presente escrito, siendo eficaz la actuación policial, pero no desde el actuar de otras entidades como bien se muestra en las conclusiones.

Tensiones constitucionales entre la actuación policial y la extracción minera manual

La inquietud surge porque la minería ilegal en Colombia es una problemática de vanguardia, que va en aumento por lo que se convierte en un fenómeno que afecta de manera considerable el tejido social de las zonas donde se llevan a cabo dichas prácticas, porque constituye un medio de subsistencia para muchas poblaciones, sobre todo pueblos indígenas y afrodescendientes, cuya actividad económica la derivan de la minería informal y de hecho.

Si bien el Estado ha tomado medidas para controlar la minería ilegal, y sobre todo los impactos sobre la minería informal y artesanal, aún hace falta un marco normativo que reconozca la forma del funcionamiento de los esquemas de extracción minera artesanal e informal, que atienda a sus necesidades y que, a su vez, sea lo suficientemente incluyente para permitir su formalización (Massé y Camargo, 2012, 39).

De otro lado, la Policía Nacional, como entidad del Estado, pese a que realiza todos los esfuerzos institucionales para contrarrestar el delito de la minería ilegal, se queda corta ya que al momento de proceder se encuentra con diversas situaciones sociales que le dificultan su actuar, como por ejemplo la vulneración de derechos fundamentales a los mineros informales. Tal es el caso del derecho fundamental al mínimo vital y móvil, a partir del cual se reconocen las condiciones materiales

básicas e indispensables que permitan a las personas el aseguramiento de una supervivencia digna y autónoma, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, la integridad y la igualdad.

Desarrollo argumentativo

La minería ilegal en Colombia es un problema de índole social que apenas a mediados del siglo pasado llamó la atención de los gobernantes y del legislador, quienes no lograban dimensionar el alcance de este creciente problema, que de ninguna manera constituía motivo de preocupación para entidades ambientales con responsabilidad en el uso adecuado de los recursos naturales y protección del medio ambiente, mucho menos para las autoridades locales. Puede afirmarse, inclusive, que “la falta de regulación por parte del Estado, así como la ineficiencia de los mecanismos y organismos de control hicieron lo posible para que la industria minera en Colombia tuviese un desarrollo desordenado e irregular, casi hasta la primera mitad del siglo XX” (Arjona, 2010, 8).

El Estado ha tomado medidas paliativas contra la minería ilegal y sus impactos sobre la minería informal y artesanal. De otro lado la Policía Nacional, como institución estatal, tiene la misión constitucional de velar por el interés general, asegurar la convivencia y seguridad ciudadana además de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y deberes. Así lo manifiesta el artículo 218 de la Carta Política, cuando señala que “la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas”.

Para buscar una aproximación a la temática planteada, se hace necesario desarrollar los siguientes ejes temáticos: minería manual, mínimo vital y móvil, tensiones constitucionales, actuación policial.

Minería manual

Focalizando la temática minera en el contexto colombiano, gracias a su diversidad de ambientes, Colombia dispone de una variada oferta de productos mineros, entre los que se incluyen carbón, oro, platino, níquel, esmeraldas y caliza, así como la de otros que se producen en menor escala, principalmente: sal, roca fosfórica, arcillas, arenas silíceas, minerales de cobre y manganeso, magnesita, barita, yeso y varios tipos de rocas ornamentales.

En materia de extracción de dichos recursos mineros, hay dos situaciones en específico: una de ellas, con una actividad minera formal y de gran escala; el segundo, por una actividad minera que se desarrolla a escalas menores en forma tradicional y artesanal, “con una reconocida carencia de tecnología adecuada y definida, en muchos casos, por la informalidad y el carácter de subsistencia, lo que la hace insegura, poco rentable, no competitiva y ambientalmente no sostenible” (Güiza Suárez, 2011, 4). Adicionalmente, la extendida explotación aurífera de aluvión en varias regiones del país, en donde se usan de manera antitécnica y desmedida agentes químicos como el mercurio y el cianuro para la recuperación del oro, ha traído nocivas e irrecuperables consecuencias sobre la salud humana y el ambiente, a tal punto que varios estudios como los realizados por Veiga (2010) han demostrado que en los municipios de Segovia, Remedios y Zaragoza, del departamento de Antioquia, se encuentran concentraciones de mercurio en el aire y en las fuentes hídricas, 1.000 veces superiores a las permitidas por los estándares internacionales. Empero, la evolución de la legislación minera y ambiental en Colombia ha sido incipiente, con un agravante: que en muchas ocasiones desconoce las condiciones reales del contexto nacional, lo que genera una brecha entre lo que está estipulado en la norma y lo que realmente se aplica en la práctica, lo que trae como consecuencia la carencia de los debidos permisos y autorizaciones establecidas por las autoridades mineras.

Finalmente, atendiendo a los postulados constitucionales, legales, reglamentarios y jurisprudenciales mencionados en el desarrollo de este documento, está totalmente restringida cualquier actividad minera que se pretenda adelantar en los páramos de Colombia, puesto que se podrían vulnerar, además del ordenamiento jurídico interno, los tratados internacionales de derechos humanos relacionados con el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, el derecho humano al agua, el goce de un ambiente sano, el equilibrio ecológico, el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria y la conservación de áreas de especial importancia ecológica, entre otros (Güiza Suárez, 2011).

Por tanto, se abre la brecha existente entre el marco constitucional y la normatividad minera colombiana, con la realidad que se vive en el contexto como tal, por lo que la ley se queda corta para dar respuesta a las problemáticas generadas por la minería de hecho.

Ahora bien, las actividades de minería tradicional en Colombia se caracterizan por la desorganización e informalidad en la que han operado desde hace aproximadamente 4.000 años:

En la actualidad el Estado colombiano no tiene datos ciertos del tamaño de la minería informal. Se calcula que aproximadamente dos millones de personas, entre productores, sus familias, trabajadores y, de manera indirecta la comunidad, tienen en la minería de este tipo su única forma de sustento. En vastas regiones del país, la minería es la más representativa fuente de ingresos de los municipios. El Sur de Bolívar, Bajo Cauca Antioqueño, Chocó, Córdoba, Santander, Boyacá, Cundinamarca, Caldas, Risaralda, Quindío, Valle, Tolima, Huila, Meta, Cauca, Nariño, Putumayo, Guainía, son departamentos que con una importante tradición minera de peso en su economía (Valencia, 2012, 5).

Por las características propias de la minería manual, esta va ligada a actividades como la agricultura, el comercio, la industria y otras formas de producción. Es de mencionar que en algunas regiones del país existen organizaciones agromineras,

como estrategia para mejorar los ingresos de las familias en temporadas que no son de cosecha. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), da cuenta de un concepto de minería artesanal, entendida como la actividad minera que la ejercen personas en la informalidad, poseen una baja capacidad de gestión y cuentan con tecnología precaria (2012). Adicional señala que:

En Colombia este tipo de extracción la llevan a cabo grupos de individuos en áreas de explotación tradicional y hoy en día también en áreas inexploradas, a las cuales por su ubicación geográfica y/o por los conflictos sociales no se había podido acceder en el pasado. A pesar de existir un gran número de personas en la misma zona, aplicando técnicas y tecnologías similares, cada frente de trabajo es único y no se evidencia articulación y continuidad en las labores extractivas y en las de beneficio del mineral (PNUMA, 2012, 7).

La minería manual se ha estigmatizado en Colombia, indistintamente de las problemáticas que acarrea, tiene ventajas como el que no requiere de grandes volúmenes de reservas minerales; genera ingresos a corto plazo para los explotadores; permita una fácil y masiva participación de mano de obra en la zona de explotación, lo que contribuye con la disminución del desempleo, aunque no con muy buenas condiciones laborales. Entre las debilidades de la actividad minera manual se tiene: por ser una actividad de subsistencia lleva consigo la generación de bajos márgenes de ganancia para el minero, que en nada contribuye al mejoramiento de la calidad de vida, las condiciones inseguras de trabajo y la falta de Seguridad Social para los mineros, hechos que por lo general conllevan a estados de pobreza para los mineros que ya no cuentan con una vida laboral activa, la baja escolaridad de los mineros artesanales promueve que la actividad se mantenga de generación en generación y que por ende no se mejoren las condiciones laborales y de vida de estos y sus familias.

Tensiones constitucionales

En primer lugar, es importante señalar que las tensiones constitucionales es una categoría de análisis, que poco se ha conceptualizado sobre ella, lo que la convierte en uno de los aportes significativos, novedosos e innovadores de la investigación en curso. Entre los rastreos teóricos que se han adelantado, Cortés Rodas (2012) expone una serie de ideas interesantes que pueden ser la base para la teorización y conceptualización de la categoría de tensiones constitucionales.

Así las cosas, considera el autor que en una constitución democrática se establecen los derechos fundamentales como el núcleo del orden constitucional, para el caso el mínimo vital.

El fundamento de legitimidad de la Constitución es la igualdad de todos en las libertades fundamentales liberales, civiles, políticas y en los derechos sociales. Estas libertades fundamentales y derechos son los límites sustanciales a las decisiones que el poder legislativo pueda tomar. (Cortés Rodas, 2012, 30).

En una democracia constitucional, la ley debe ser el resultado de la soberanía popular, en suma, de la participación en su construcción de todos los posibles afectados por la ley. Porque sin soberanía popular no hay legitimación política de la ley, sino dominación.

Actuación policial

La Policía como institución del Estado, encargada de hacer cumplir las normas y ser garante de derechos en pro de la seguridad y convivencia ciudadana, desde hace algunos años se ha encargado de contrarrestar dicha problemática a través de sus planes operativos en zonas donde prevalece la exploración y explotación minera sin las debidas autorizaciones.

Cabe mencionar que las acciones policiales, en su mayoría, van referidas a la protección del derecho fundamental a la vida en un ambiente sano, ello como resultado de los impactos suscitados por la extracción minera ilegal en los entornos naturales circundantes (Velásquez Patiño y Barragán Trejos, 2014, 4). Como bien lo señala Vargas cuando afirma:

Los graves impactos ambientales de la explotación minera de carácter intensivo dan lugar a graves violaciones al derecho colectivo a un medio ambiente sano. En este caso es claramente ilustrativa la metáfora de la huella irreversible: los impactos medioambientales de la minería exacerbada deviene en un daño irreparable y para toda la vida, de carácter transgeneracional. El paso del tiempo de estos daños dará lugar a una injusticia estructural que se habrá heredado a las nuevas generaciones, de manera que será una responsabilidad histórica igualmente heredada, constitutiva de futuros conflictos colectivo. (2013, 66).

308 | Empero, el Estado al percatarse de que su “política de convencimiento de la protección al medio ambiente y la explotación de forma legal” (Velásquez Patiño y Barragán Trejos, 2014, 4) no surtió efecto, sino que, por el contrario, generó desconfianza por parte de los ciudadanos, sintió la necesidad de buscar otras alternativas para combatir el delito de la ilegalidad minera, por lo que le confirió la responsabilidad a la Policía Nacional. Así las cosas, se crea la Estrategia Integral contra la Minería Ilícita (EIMIL), a través de la cual se promulgan iniciativas de carácter policivo y legislativo para garantizar la intervención del Estado en toda la problemática (Velásquez Patiño y Barragán Trejos, 2014, 7). Aunque es menester aclarar que la responsabilidad no recae solamente sobre la Policía, sino que se requiere del concurso de los entes gubernamentales y del apoyo de los ciudadanos para exigir el respeto por sus derechos en especial por el de un ambiente sano.

El marco jurídico de actuación policial se soporta en disposiciones de la Constitución Política, además de las herramientas adoptadas por la Ley 685 de

2001 y en la Decisión 774 de 2012 adoptada por la Comunidad Andina de Naciones. En lo que respecta a esta última, busca enfrentar de manera integral, cooperativa y coordinada la minería ilegal. La Decisión tiene por objetivo implementar acciones policivas, entre las que se cuenta la destrucción de maquinaria pesada (artículo 6 de la Decisión 774 de 2012, artículo 1° del Decreto 2235 de 2012).

Buena parte de la actuación policial está supeditada a las decisiones que tomen los alcaldes, como lo afirma el artículo 306 de la Ley 685 de 2001, pues este determinará en cualquier tiempo, de oficio o por aviso o queja de cualquier persona, la suspensión de la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional. Por disposición de los alcaldes, se efectuará el decomiso (artículo 161 de la Ley 685 de 2001) provisional de los minerales que se transporten o comercien y que no se hallen amparados por facturas o constancia de las minas de donde provengan. El decomiso tiene sus excepciones entre ellas las explotaciones de pequeña minería llevadas a cabo en los departamentos contemplados en el artículo 309 de la Constitución Política (Arauca, Casanare, Putumayo, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Santa Catalina, Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés, Vichada y Chocó). Indistintamente de las excepciones, estas no son absolutas, además toda “persona que realice actividades mineras tienen el deber de dar aplicación al principio de Desarrollo Sostenible, asegurar la vida e integridad personal de los trabajadores mineros” (Ortiz Rodríguez, 2014, 506). Además, se esperaría que la normatividad expuesta estuviese en concordancia con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, según el cual el Gobierno deberá implementar una estrategia que proteja a los mineros informales, garantizando el mínimo vital y el desarrollo de actividades que le garanticen una vida digna, en el marco del Estado Social de Derecho (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014).

Mínimo vital y móvil

No cabe duda de que la actuación policial, ya sea en el marco de la protección al medio ambiente o en cumplimiento a las disposiciones de los administradores locales, afecta de manera directa el mínimo vital y móvil de los mineros artesanales informales, lo que vulnera el principio constitucional (artículo 53) de irrenunciabilidad de beneficios mínimos y mínimo de derechos y garantías, entendido como:

Aquella porción de ingresos indispensables e insustituibles para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario, en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana. (Martínez Caballero, 2000).

310 | El mínimo vital y móvil como derecho fundamental, a la luz de lo expuesto por Cruz Villalón (1993), equivale a una prerrogativa de las personas, que es de relevancia en el imaginario colectivo y en la cultura jurídica de una sociedad en particular, por tanto cobra un criterio de fundamentalidad en la estructura de un Estado; de ahí que: “Un derecho es fundamental, desde el punto de vista material, si su vigencia tiene tal grado de necesidad, que sin él no podría desarrollarse determinada concepción del Estado y de la sociedad (Osuna Patiño, 1997, 12).

Ahora bien, en el marco de un Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales, como por ejemplo el mínimo vital y móvil en este caso, concibe y reconoce a todo sujeto, como miembro activo en la sociedad, que se caracteriza por ser pluralista y en la cual todos han de ser igualmente libres, libertad entendida como real y que garantice posibilidades materiales a todos los ciudadanos de manera igualitaria (Osuna Patiño, 1997, 16).

Así las cosas, los derechos fundamentales se asumen como una amplia gama de posibilidades desde lo económico, social y cultural, con criterios de igualdad,

redistribución de la riqueza y participación efectiva de los ciudadanos en el proceso social y político (Osuna Patiño, 1997, 16). En lo que respecta al derecho fundamental del mínimo vital y móvil en la población de mineros manuales colombianos, lo paradójico es que el Estado no brinda los medios necesarios para garantizar una vida digna a través de la formalización de la actividad extractiva a los mineros informales, pero pretende contrarrestar la problemática a través de acciones policiales, lo que denota una serie de tensiones de orden constitucional entre los derechos de los mineros y el establecimiento del orden, en garantía de la seguridad y convivencia ciudadana además de garantizar a la colectividad el goce de un ambiente sano.

Conclusiones

La extensión, crecimiento y evolución que experimenta diariamente la minería ilícita a lo largo y ancho del territorio nacional, concretamente la de oro en el departamento de Caldas, a pesar del despliegue y ejecución de la estrategia integral que la Policía Nacional diseñó para el control del mencionado fenómeno criminal, devela la posible ineficacia jurídica que el derecho de gozar de un ambiente sano posee en el ordenamiento jurídico colombiano.

El desconocimiento de la evolución histórica, así como del objeto y los componentes estructurales, entre otros, del derecho a gozar de un ambiente sano, constituye un factor generador de ineficacia jurídica; en primer lugar, dado a que se convierte en un obstáculo para el acceso de los titulares a derechos económicos y ecológico; en segundo lugar, porque obstaculiza la materialización normal de la misión, competencias y funciones constitucionales de las instituciones del Estado colombiano, o lo que es lo mismo, induce a que los jueces no reconozcan los derechos como corresponde, conlleva a que el congreso no legisle como se debe y genera que el ejecutivo no desarrolle políticas públicas adecuadas; todo lo cual,

además de redundar en la ingobernabilidad estatal, genera inseguridad jurídica en materia ecológica y económica y menoscaba el Estado Social de Derecho.

Los vacíos jurídicos, antinomias, vaguedades, ambigüedades, textura abierta e indeterminación de las normas que incorporan en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a gozar de un ambiente sano, y en general, todos aquellos que se enmarquen en lo que Mauricio García Villegas (2014) denominó como movilidad del sentido lenguaje, ocasionan tensiones constitucionales de distinta índole, entre los titulares y obligados de los derechos fundamentales, económicos, sociales, culturales, colectivos y del ambiente. Por esta razón, la adopción de normas jurídicas que definan claramente el ambiente sano, delimiten sus elementos constitutivos e identifiquen de manera diáfana sus titulares y obligados, así como el contenido de la obligación, entre otros, se erige como la herramienta necesaria para la superación de las mencionadas tensiones constitucionales y el avance del Estado colombiano en materia ambiental y económica.

312

Como se relató en el escrito, encontramos una fuerte tensión, desde un lado las instituciones del Estado luchando en la garantía de los derechos fundamentales de toda la colectividad, buscando que prime el interés general en observancia de los mandatos constitucionales, y de otra parte encontramos a unas personas con unas necesidades básicas de subsistencia que encuentran en la minería manual e informal el modo de sobrevivir; estando así en la necesidad de que el Estado haga presencia con políticas públicas y con intervención, pero que de ninguna manera afecte a las personas que viven de la actividad minera. Siendo indispensable buscar soluciones mediante políticas públicas y si es del caso acudir a la cooperación internacional para buscar mecanismos de reconversión laboral, que sea sustitutivo de la actividad minera para que esas personas puedan desempeñar otras labores de las cuales reciban una remuneración digna.

Al mejor estilo de Mauricio García Villegas encontramos que en Colombia hay una cantidad de normas de papel que están promulgadas en códigos, sitios web, repositorios de universidades, redes sociales, etc., en fin -en cualquier lugar encontramos normas, pero que en la vida real, al llevarlas a su aplicación práctica, se encuentra que muchas de ellas no cumplen como tal, el sentido que fue imprimido por el legislador, como diría Liborio Hierro (2010) no se alcanza el estado de cosas deseado por el creador de la norma-. Asimismo, nos encontramos con una Constitución que desde su lectura es hermosa para una sociedad ideal, pero que en la praxis muchos de sus postulados no llegan a volverse realidad. Así mismo es de tener en cuenta que la constitución del 91 es aspiracional, allí se idealizó una sociedad, a la cual pasados más de 25 años no se ha logrado llegar.

Sobre la eficacia de las normas que regulan el actuar de la policía, se tiene que este se hace acorde a las normas, se cumple la finalidad de lo que se preceptúa como bien lo diría Villegas (2014) respecto a la eficacia de las normas, que estas llegan a su destinatario de manera correcta, pero al enfrentarnos ya al resultado esperado, que es la judicialización de las personas que infringen la ley ya estaríamos careciendo de uno de los tipos de eficacia jurídica que menciona Liborio Hierro (2010), como sería la eficacia como éxito, en el entendido que el autor de la norma busca alcanzar el estado de cosas que el editor de la ley se propone, estando así, que si la norma siendo cumplida o aplicada, no ha resultado tampoco eficaz para el fin pretendido (Hierro, 2010, 167-168), toda vez que de acuerdo a la información recolectada y a las conclusiones del proyecto, los procesos de judicialización están tardando demasiado tiempo por razones de manejo interno de la Fiscalía, ya que desde lo jurisdiccional no se destinan funcionarios con dedicación exclusiva a este tipo de delitos ambientales como bien lo concluye Valencia Hernández (2013) en su texto *Obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental*.

Sobre la visión que se tiene del incumplimiento de las normas y de la no aplicación de la mismas, ocurre también que los mineros regresan a dichas

actividades debido a que en los programas de reconversión laboral que manejan los mandatarios locales y departamentales, la promesa remuneratoria no cumple las expectativas de lo que comúnmente les ingresa por la minería, al igual que el regreso a los cúbicos se da por lo que los cierres en ocasiones no se hacen de manera técnica debido a los altos costos que esto genera.

Referencias

- Arango, R. (2012). *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arjona, A. (2010). El boom minero en Colombia: boom de la minería ilegal y la minería antitécnica. Ministerio de Minas y Energías.
- Burgos, O. (2018). Eficacia jurídica del ambiente sano a la luz de las acciones desarrolladas por la policía Nacional en contra la minería ilegal. *Revista Logos, ciencia y tecnología*, 10(3).
- Burgos, O. (2018). Eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la policía nacional en el departamento de caldas, en contra de la minería ilícita de oro. (Tesis). Universidad de Manizales. Manizales.
- Código Penal Colombiano.
- Congreso de la República de Colombia. (1959). Ley 2 sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. Diario oficial 23095.
- Congreso de la República de Colombia. (1973). Ley 23 por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 43477.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 99 de 1993 por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental. Diario Oficial 41146.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). Ley 685 por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República. (2011). Ley 1450 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Diario oficial 48102.
- Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T – 406. M.P. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T – 411. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T – 415 M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia SU – 067 Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia T – 154. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia T – 818 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T – 294. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T – 294. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia STC4360-2018, T 1100122030002018-00319-01.
- Cortés, F. (2012). La tensión entre constitucionalismo y democracia. *Revista Estudios de Derecho*, LXIX(153).
- Cruz, P. (1993). *Derechos fundamentales y legislación*. Estudios en Homenaje a Ignacio de Otto. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. (1992). Río de Janeiro, Brasil.
- Departamento Nacional de Planeación. (2010). Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014. Bogotá.
- García, V. M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Güiza Suárez, L. (2011). Perspectiva Jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, (Edición Especial).
- Güiza, L. (2013). La pequeña minería en Colombia: una actividad no tan pequeña. *Dyna*. (181).
- Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Madrid: Editorial Ariel.
- Massé, F. y Camargo, J. (2012). Actores Armados Ilegales y Sector Extractivo en Observatorio Internacional DDR. Ley de Justicia y Paz. V Informe. CITPax. Colombia.
- Merrian, S. (1998). *Qualitative Research and Case Study Applications in Education*. 2. ed. New York: Jossey-Bas Inc.
- Ortiz, A.C. (2014). *Manual de Derecho Minero*. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Osuna, N.I. (1997). Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales. *Temas de Derecho Público*, (37).
- Palacios, M. N. (2013). Condiciones sociales, y ambientales de la minería en Zaragoza, base para una propuesta ecopedagógica. (Tesis de maestría). Universidad de Manizales. Manizales.
- Pérez, V.; Arrieta, A. y Contreras, A. (2015). *Río Cauca: la geografía económica de su área de influencia*. Documentos de trabajo de Economía Regional. Banco de la República.

- Pettigrew, A. (1990). Longitudinal field research on change: theory and practice. *Organization Science*, 1(3).
- Policía Nacional de Colombia. (2013). *Plan Corazón Verde. 16 Estrategias Operativas de la Policía Nacional*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Policía Nacional de Colombia. (2014). *Directiva operativa permanente. 001DIPON-DICAR-23.1. Parámetros de actuación Policial para la intervención integral contra la minería ilegal*. Bogotá: Policía Nacional.
- Presidencia de la República de Colombia. (1974). Decreto 2811 por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diario oficial 34243.
- Presidente de la República de Colombia. (2012). Decreto 2235 por el cual se reglamentan el artículo 60 de la Decisión No. 774 del 30 de julio de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones y el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 en relación con el uso de maquinaria pesada y sus partes en actividades mineras sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley. Diario oficial 48599.
- Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA). (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de pequeña escala. Proyecto Contribución a la construcción de un plan estratégico regional para la reducción del uso de mercurio en la minería aurífera artesanal y de pequeña escala. Acuerdo No. MC/ 4030 – 09 – 04 – 2203. Bogotá D.C.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (PNUMA). (2011). Documento de Orientación: Elaboración de un Plan Estratégico Nacional para Reducir el Uso de Mercurio en la extracción de oro artesanal y a pequeña escala. UN.
- Sánchez, S. L. (2012). El derecho al ambiente sano: esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección en el derecho comparado (Tesis de maestría). Universidad Nacional. Bogotá.
- Saulino, M. F. (2015). Carlos Nino y la Titularidad del Derecho a un Ambiente Sano. *Análisis filosófico XXXV*(2), 265-281.
- Serna, R. A. (2007). El Derecho a un Ambiente Sano y la Pedagogía Ambiental. *Revista USB*, 7(2).
- Valencia Hernández, J.G. (2013). Obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental. *Jurídicas*, 10(1).
- Valencia, M. A. (2012). ¿Por qué defender a la pequeña minería en Colombia? Bogotá: Confederación Nacional de Mineros de Colombia (Conalminercol).

- Vargas, F. (2013). Minería, conflicto armado y despojo de tierras. Minería en Colombia, Fundamentos para superar el modelo extractivista. Recuperado de: <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Archivos2013/Miner%C3ADa.pdf>.
- Velásquez, I.C. y Barragán Trejos, G.A. (2014). El Plan Corazón Verde, estrategia operativa de intervención integral contra la minería ilícita -Eimil, de la Policía Nacional: Estudio de Caso en el Municipio de Marmato -Caldas. Programa de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Manizales. Manizales.

SEGURIDAD SOCIAL: DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN A LA FUNDAMENTALIDAD. UN CAMINO AÚN EN CONSTRUCCIÓN¹

JAIME LEÓN GAÑÁN ECHAVARRÍA², CARLOS ARTURO RUIZ³,
JOVANY SEPÚLVEDA-AGUIRRE⁴

Resumen

El devenir histórico y jurídico de la Seguridad Social ha sido un largo y a veces tortuoso camino hacia su constitucionalización y, más aún, en su recorrido hacia su reconocimiento como un derecho fundamental en Colombia. Ese camino ha

1 Avance del marco teórico de la investigación denominada Caracterización de las barreras de acceso a los servicios de salud de las personas privadas de la libertad en calidad de condenados. Caso Municipio de Medellín, en desarrollo actualmente en la Corporación Universitaria Americana.

2 Tecnólogo Deportivo del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Estudios Posdoctorales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo: jlechavarría@americana.edu.co. ID Orcid: 0000-0002-6873-8744.

3 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Bogotá, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit, Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca, Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Orcid: 0000-0001-9755-2909. Correo: caruiz@americana.edu.co

4 Magíster de Gestión de la Innovación Tecnológica, Cooperación y Desarrollo Regional del Instituto Tecnológico Metropolitano. Docente Investigador e integrante del grupo de investigación AGLAIA de la Corporación Universitaria Americana. Correo: jasepulveda.edu.co. ORCID: 0000-0002-1047-6673. Scopus Author ID: 5719450528.

estado plagado de construcciones y reconstrucciones del contenido de la Seguridad Social en sede de las consideraciones sociales, normativas y jurisprudenciales desde las cuales, en cada momento histórico, se ha planteado su concepción. En tal sentido, la evolución del derecho a la Seguridad Social ha transitado desde la consideración de no estar positivizado en nuestra Constitución, pasando por estar enmarcado como un derecho de segunda generación, que ha transitado por varias concepciones como derecho fundamental por conexidad o extensión, entre otras consideraciones jurisprudenciales, hasta considerarse en la actualidad, por lo menos desde lo jurisprudencial, y en el caso de la salud desde lo formal, como un derecho fundamental, fundamentalidad que aún sigue en construcción social y jurídica.

Palabras clave: constitucionalización, derecho fundamental, evolución, justiciabilidad, Seguridad Social.

Introducción

La justiciabilidad de la Seguridad Social en Colombia, y en forma consecuente, las acciones y mecanismos incoados para su protección efectiva y material han sido determinados por las diferentes concepciones iusfundamentales o no que han rodeado la evolución del concepto, de su contenido y de su propia naturaleza jurídica. Por ello, en este breve trabajo se pretende analizar el recorrido y la evolución de la Seguridad Social desde sus consideraciones primigenias como asistencia pública hasta su actual consideración, por lo menos desde lo jurisprudencial y, en el caso de la salud desde lo formal, como un derecho fundamental, pasando en tal devenir histórico por las posiciones jurisprudenciales de ser un derecho fundamental por vía de conexidad o extensión, o de serlo por vía de la trasmutación.

En ese orden de ideas, se analizará qué tipo de derecho es el derecho a la Seguridad Social y se hará un recorrido por las decisiones de la Corte Constitucional con respecto a la justiciabilidad del mismo vía acción de tutela, con el fin de reiterar en este escrito, su innegable esencia como un derecho humano y seriamente fundamental. En todo caso se partirá de la concepción del derecho a la Seguridad Social en clave de lectura del Estado social, como un derecho integral e integrador y bajo la premisa de que tal derecho implica la garantía real a gozar de la mejor calidad de vida y de bienestar posible que permita al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general bajo la premisa de la teoría del enfoque de derechos⁵.

El escrito tiene como base una mirada cualitativa, anclada en el método hermenéutico y en el análisis de las múltiples sentencias de la Corte Constitucional y, lógicamente, en lo respectivo a la Seguridad Social en salud en las bases normativas de la Ley Estatutaria actualmente vigente en Colombia. El trabajo se dividirá en tres secciones así: consideraciones generales, evolución normativa y jurisprudencial de la Seguridad Social y Estado actual del derecho a la Seguridad Social en Colombia.

Consideraciones generales

La lectura de los derechos, en especial de los derechos fundamentales, difiere según se realice en clave del Estado liberal, de la concepción del Estado democrático o desde la perspectiva del Estado social en su carácter de teorías materiales de tales derechos (Gañán, 2013). En el pensamiento liberal-burgués, señala Osuna (1997, 13 y ss.), el Estado propio del liberalismo -el Estado de derecho- se justifica teóricamente como una organización política racional cuyo

5 Parte de un principio ético que reconoce que todas las personas tienen derecho a un determinado estándar de bienestar material y espiritual y que todos somos iguales en valor y dignidad. Se elimina la dimensión de la caridad en el desarrollo y se hace énfasis en el hecho de que todos somos titulares de derechos y titulares de deberes, véase: Saluderecho en: http://saluderecho.net/?xg_source=msg_mes_network

último fin consiste en el respeto de la libertad individual, en ese sentido, dice el autor, en el pensamiento liberal-burgués, los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza corresponden al hombre individual libre. Por tanto, según el autor citado, las notas comunes de tal pensamiento son las del individuo aislado como titular, libertad individual como objeto protegido, protección puramente jurídica, y Estado como sujeto pasivo (Gañán, 2013, 9). En este contexto los derechos fundamentales no son más que la concreción jurídica de la libertad y su realización efectiva se deja a la iniciativa del individuo, sin que al Estado le corresponda ninguna obligación de aseguramiento para la realización efectiva de la libertad en que consiste el derecho fundamental, debido al carácter defensivo y delimitador de los derechos fundamentales, refiere Osuna. Para Böckenförde (1993, 48) los derechos fundamentales en la concepción de la teoría liberal son derechos de libertad del individuo frente al Estado, en ese sentido, dice Bernal (2007, 260) que los derechos fundamentales cumplen la función de defensa de la *libertad negativa*⁶ del individuo frente a las intromisiones del Estado. Es obvio que la libertad así concebida, el derecho de igualdad ante la ley como predicado de dicha concepción y el derecho irrestricto a la propiedad privada no daban margen alguno a la concepción de derechos sociales, lo cual, según Baldassarre (2001, 15), parecía algo incomprensible a la luz de las categorías jurídicas y políticas de la época. De hecho, la Seguridad Social y la salud compartían en su calidad de prestaciones asistenciales una precaria condición -por no decir inexistente- en el Estado liberal-burgués que los hacía objeto de asistencia pública o, a lo sumo, de asistencia social, pero siempre en el marco de la caridad o de la solidaridad familiar o cristiana.

En la concepción democrática de los derechos fundamentales, estos son legitimados en cuanto permiten un proceso democrático de formación de la voluntad política (Osuna, 1997, 14). En este contexto, refiere el mismo autor,

6 Bernal afirma que, acorde con el origen iusnaturalista, la concepción liberal de los derechos fundamentales reconoce a los individuos una esfera de libertad negativa previa al Estado.

los derechos fundamentales, más que pautas de separación entre el Estado y los ciudadanos, son normas que fundamentan competencias y funciones para permitir la libre participación del ciudadano en los asuntos políticos y en el proceso político. Manifiesta el autor en cita, que la libertad ya no se justifica tan solo por sí misma, sino que se trata de una libertad funcional orientada hacia el proceso político-democrático (1997, 15). En ese orden de ideas, los derechos fundamentales en el marco del Estado democrático implican la garantía de la autonomía ciudadana en función del proceso político, social y democrático de participación. Pero en esta concepción del Estado democrático, la Seguridad Social y la salud siguen siendo parte de la asistencia pública -caridad- o de la asistencia social -solidaridad familiar o institucional-. No son asuntos que interesen como derechos subjetivos, y su garantía prestacional ni siquiera se relaciona con la posibilidad material de gozar de autonomía en cuanto posibilidad real de participación en el proceso político-democrático.

Finalmente, en la concepción de los derechos fundamentales, en el marco del Estado social de derecho, el acento, según Osuna (1997, 16), se pone en la posibilidad material de todos los ciudadanos -diríamos de todas las personas- de gozar efectivamente de la *libertad real* en condiciones de igualdad -y le agregaríamos: en iguales condiciones de dignidad-. La solidaridad pasa a ser el núcleo rector de la concepción de Estado social de derecho, en reemplazo de la idea del bien común como garantía al individuo del mayor espacio posible de autonomía privada y la igualdad real entre todos los miembros del Estado como base para que el ejercicio de la libertad pueda ser universal (Bernal, 2007, 353).

Los derechos en el marco de un Estado social de derecho deben trascender de los simples enunciados programáticos a principios iusfundamentales que sean fines en sí mismos, pero que también sean medios instrumentales para la materialización de la *libertad fáctica*; que garanticen la exigibilidad real de tal derecho por parte de cada uno de los individuos, pero asimismo permitan la materialización del principio de solidaridad entre los miembros de la sociedad, precisamente en el marco de un

Estado social⁷ y la igualdad real o material entre ellos. La lectura de la persona y de la sociedad en clave del Estado social debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se cambia el centro de la libertad como fin último, aún el de la libertad fáctica, y se pone tal libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese sentido, tampoco se hablaría de garantizar un *mínimo existencial*, sino de garantizar una vida digna y con calidad que permita el mayor desarrollo posible del plan de vida de cada persona y de la sociedad en general, acorde con la definición de los derechos de Seguridad Social y salud que fueron aceptados como orientadores de este trabajo, esto es, a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral, y del disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

326 | Evolución normativa y jurisprudencial de la Seguridad Social

Periodo anterior a la Constitución de 1991

Quizás el concepto más cercano a la Seguridad Social contemplado en la Constitución de 1886 lo fue el referido a la asistencia pública. Precisamente el artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 1936 modificaba el artículo 19 de la Constitución de 1986 en el sentido de consagrar que la asistencia pública es función del Estado y se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar. La determinaría la forma como se prestaría la asistencia y los casos en que debía darla directamente el Estado. En tal sentido, el artículo 1° del Decreto

7 Según Chinchilla Herrera desde la perspectiva de su función en el Estado social constitucional, los derechos sociales son necesarios para asegurar posibilidades reales o materiales de ejercicio de los derechos de libertad, igualdad, defensa y participación (Chinchilla, 2009).

3224 de 1963, definiría que la asistencia pública, como función del Estado, consiste en la ayuda que este debe prestar para procurar el bienestar individual, familiar y colectivo, mediante la prevención de la enfermedad, la promoción y recuperación de la salud de quienes careciendo de medios de subsistencia y de derechos para exigirla de otras personas, estén incapacitados para trabajar. Concepción que sería el soporte del Sistema Nacional de Salud en Colombia.

Como se desprende de los apartes arriba citados, la asistencia pública estaba en el extremo opuesto de las consideraciones propias de un derecho y menos aún de un derecho fundamental. La asistencia pública tenía sus bases conceptuales fincadas en las nociones de caridad y de beneficencia dirigida a la población más pobre y vulnerable como una ayuda a aquellas personas que careciendo de medios de subsistencia y de derechos para exigirla a otras personas estuviesen en incapacidad para trabajar. En tal sentido, la asistencia pública ni era universal, ni era exigible y carecía de cualquier atributo referido a los derechos, por ende, su naturaleza se articulaba al deber abstracto del Estado de proporcionar tal ayuda y no a la obligación real de garantizar el bienestar de vida de aquellas poblaciones.

En resumen, la asistencia pública, precisamente de corte asistencial, se encontraba dirigida a la atención de las necesidades sociales de ciertos grupos de población. Surge ante los requerimientos de las poblaciones en estado de extrema pobreza en el marco del Estado liberal. En Colombia se constitucionaliza a través del artículo 19 de la Constitución de 1886⁸ y se desarrolla a través de la creación

8 Modificado por el artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 1936. “Enmarcada en el apogeo de la segunda república liberal, tomó del neo-socialismo francés los principios rectores de la filosofía del Estado.” Confróntese página www.colombiastad.gov.co. Tal artículo determinaba: “La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medio de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La Ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”. Según se afirma por la Defensoría del Pueblo, el Decreto Extraordinario 3224 de 1963, por el cual se reorganiza el Ministerio de Salud Pública y se dictan otras disposiciones, le dio un enfoque de caridad pública a la atención en salud a cargo del Estado. Véase al respecto Derecho a la salud. Derechos, económicos, sociales y culturales. Red de promotores de derechos humanos. 2004. p. 25.

del Ministerio de Salud (creado por la Ley 27 de 1946) y del Sistema Nacional de Salud⁹. La asistencia pública no es ni era un derecho, por tanto, no es ni era exigible. El Estado a través de sus instituciones públicas lo otorgaba en la medida de sus capacidades, en forma selectiva y sólo bajo el principio de la solidaridad o de caridad¹⁰, pero sin un compromiso normativo que la garantice. Se reitera, difiere del derecho a la Seguridad Social en que no es un derecho ni es universal.

No obstante, el silencio de la Constitución de 1886 en lo relacionado a la Seguridad contrastaba con las manifestaciones explícitas de la Seguridad Social y de la Salud como derechos humanos consagrados, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 22 y 25, respectivamente.

Periodo de la Constitución de 1991: constitucionalización de la Seguridad Social y el camino hacia su fundamentalización

El derecho a la Seguridad Social se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 48 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. En el caso de los niños, niñas y adolescentes fue determinado expresamente como un derecho fundamental en el mencionado artículo 44. En los demás casos del artículo 48 fue consagrado en el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, es decir *prima facie* como un derecho prestacional, programático, asistencial o denominado en tales épocas como un derecho de segunda generación. Este derecho fue regulado, en parte, por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral¹¹ colombiano (en adelante: el

9 Creado en 1975 por el Decreto-Ley 056 de 1975 y modificado posteriormente por la Ley 10 de 1990.

10 “Según nuestra Corte, la asistencia pública, manifestación del Estado benefactor, persigue garantizar a vastos núcleos sociales atención y seguridad para que las personas cumplan satisfactoria y decorosamente su ciclo de vida, y constituye uno de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Henaó Hidrón, 1986, 17).

11 Artículos 1º y 5º de la Ley 100 de 1993.

SSSI). Este sistema está compuesto por tres subsistemas denominados, en su orden, Sistema General de Pensiones (en adelante el: SGP), Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante el: SGSSS) y Sistema General de Riesgos Laborales (en adelante el: SGRL). La legislación también creó un conjunto de programas adicionales a los subsistemas citados, bajo la denominación de Servicios Sociales Complementarios (en adelante el: SSC).

Es con la Constitución de 1991, que la Seguridad Social se constitucionaliza en Colombia en forma conjunta con el derecho la salud. Ambos inicialmente entendidos en la lógica histórica, política y normativa de los derechos sociales o de segunda generación. Derechos que para ser efectivos debían cumplir con los requisitos de ser reglamentados, de existencia de políticas y voluntad pública para su materialización y de presupuesto económico para su desarrollo. En ese orden de ideas, la justiciabilidad de la seguridad social dependía de la concepción de su propia naturaleza jurídica como derecho. Concepciones que realizaron un proceso discursivo desde la negación de la fundamentalidad de tal derecho hasta la afirmación de la seguridad social como un derecho fundamental por vía de conexidad.

Precisamente, con relación a la naturaleza jurídica del derecho a la seguridad social en Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido predominante, por no decir unánime, hasta hace poco tiempo, en afirmar que el derecho a la seguridad social es, en principio, un derecho básicamente prestacional, en los casos diferentes de los niños. En una interpretación altamente formalista, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional se refirió a la seguridad social no como un derecho sino como el conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y la oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. Tales riesgos abarcan una amplia gama que va desde la invalidez, vejez y muerte, hasta la atención a la salud de sus afiliados, y cuya cobertura se ampliará progresivamente (Corte Constitucional, Sentencia T-613, 1992). La

sala entendió la seguridad social desde su perspectiva instrumental. La entendió como un medio o conjunto de medios de protección y aseguramiento de riesgos, precisamente sociales. Igual, se observa en esta concepción un criterio limitado del concepto de seguridad social enmarcado en la instrumentalización y en factores de tipo económicos y no en la esencia del derecho como tal. Se denota una clara correspondencia con el propio postulado del artículo 48 constitucional y con lo que sería posteriormente el SSSI (sistema que fue creado por la Ley 100 de 1993).

No obstante, en la precitada sentencia se realiza un interesante análisis de la seguridad social en relación de conexidad con “los derechos constitucionales fundamentales de la vida (artículo 11, constitucional) y la salud (artículo 49)” (Corte Constitucional, Sentencia T-613, 1992). Es interesante analizar cómo en tan temprano fallo de revisión de tutela acerca del derecho a la seguridad social, se conecta tal derecho con el derecho fundamental a la vida. Igual, en cuanto determina que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental, con el cual el derecho a la seguridad social se encuentra en estrecha relación. No obstante lo anterior, posteriormente prevalecería la teoría de la conexidad o extensión del derecho a la seguridad social en relación solo con los derechos fundamentales catalogados como tales por la propia Constitución Política de 1991.

El derecho a la Seguridad Social lo ha entendió la Corte Constitucional como fundamental por conexidad o por extensión cuando se trata de proteger la vida, en razón de que existen para las personas los derechos a algo y dentro de estos se ubica el derecho a la seguridad social, porque ello contribuye a defender la vida, de ahí que pertenezca a los llamados derechos prestacionales (Corte Constitucional, Sentencia SU-480, 1997). La teoría de la conexidad o extensión del derecho a la seguridad social como un derecho derivado del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del derecho al trabajo o del derecho a la dignidad humana, entre otros derechos, constituye una relevante teoría para la protección real de los derechos sociales. Teoría que pese a

su importancia y efectividad real en la defensa de los derechos de la seguridad social y del derecho a la salud, se torna improcedente, si se asume la fundamentalidad de tales derechos. Por ende, su justiciabilidad por vía de acción de tutela.

En la propia evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional también se avanzó en la concepción de la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable y universal. Evolución que no se apartó de la concepción del derecho a la Seguridad Social como un servicio público. Precisamente, la Corte Constitucional, en decisión de constitucionalidad de la propia Ley 100 de 1993 que determinó la exequibilidad de dicha norma, asumió en sus considerandos que la seguridad social, a un tiempo, es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable (Corte Constitucional, Sentencia C-408, 1994). La propia Corte resuelve lo que ella denomina una *antinomia* que resulta irreconciliable, al interpretar en forma integradora los distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, lo que a su juicio permite afirmar que la seguridad social es un derecho que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio.

No obstante, la determinación del derecho a la Seguridad Social como derecho en esta sentencia, el derecho sigue siendo típicamente un derecho de *segunda generación*, que, según la propia sentencia, citando la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley número 155 Senado, 204 Cámara de 1992, por la cual se crea el SSSI y se adoptan otras disposiciones, son los derechos económicos, sociales y culturales, que corresponden a la noción de derecho-prestación. Tal es el caso del derecho a la Seguridad Social.

La Sentencia C-408 de 1994, a pesar de la evolución conceptual sobre el derecho a la seguridad social, fue absolutamente exegética. En sus consideraciones está estrictamente apegada a los conceptos imperantes para la época sobre los derechos-prestación. Su argumentación giró en torno de la indispensable exigencia de desarrollo legislativo para poderse hacer efectiva. Por ello, el derecho

a la seguridad social, no podía considerarse como fundamental ni siquiera se contempló la posibilidad de su iusfundamentalidad en razón de las teorías de los derechos fundamentales de Alexy. Tampoco se consideró como razón de peso argumentativo a favor de su fundamentalidad, por lo menos como un derecho social fundamental, que el derecho a la Seguridad Social y a la salud de los niños habían sido contemplados como fundamentales por nuestra Constitución Política de 1991. Decisión que hubiera cambiado la naturaleza jurídica de tal derecho a favor de los titulares del mismo.

332 | Para la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional¹² la Seguridad Social sigue siendo, de una parte, un servicio público de carácter obligatorio que debe ser objeto de regulación por el legislador, y debe ser prestado bajo su dirección, coordinación y control, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y de otra, se erige en un derecho irrenunciable de carácter prestacional, a cargo de entidades públicas o privadas, cuyo contenido y extensión dependen de las políticas sociales y económicas del Estado. Bajo tales premisas, se ha constituido el derecho a la Seguridad Social en su doble connotación de derecho prestacional de carácter irrenunciable y de servicio público de carácter obligatorio, pero, aun ligado a la teoría de la conexidad o extensión para su protección como derecho y su protección fáctica como servicio público, posición que se ha mantenido, en forma predominante en la Corte Constitucional¹³.

De otra parte, el derecho a la Seguridad Social de personas de especial protección y vulnerabilidad, diferente a los niños, niñas y adolescentes (Corte Constitucional, Sentencia T-640, 1997), ha sido elevado al rango de derecho fundamental. Caso

12 Véase la Sentencia T-640 de 1997, igualmente y, en el mismo sentido, la Sentencia T-102 de 1998.

13 Véanse, entre otras, las sentencias T-1752 de 2000; C-674 de 2001; T-1093 de 2002; C-1094 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 22; T-850 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 8; T-1291 de 2005; C-243 de 2006; y la C-399 de 2007.

típico de ello es la protección del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad (Corte Constitucional, Sentencia T-1752, 2000).

Hasta aquí la Corte había hecho importantes avances en el reconocimiento de la Seguridad Social, desde la concepción de servicio público de carácter obligatorio a la calidad de un derecho irrenunciable, por lo menos de carácter prestacional. Igual, había venido decantando la esencia del derecho a la seguridad social como un derecho de gran importancia en el marco de nuestro Estado social de derecho y como un derecho dignificante de la persona humana y de su vida personal, social y comunitaria. De ello da muestra la Sentencia T-658 de 2008, donde se resalta la relevancia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la seguridad social. Importancia dada en cuanto que la realización máxima del derecho a la seguridad social conlleva necesariamente a la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en nuestra Constitución Política en el marco de Estado social de derecho, en la medida que tal modelo supone al Estado la materialización del principio de la dignidad humana y la prevalencia de los derechos fundamentales y de las garantías sociales inherentes a ellos.

Estado actual del derecho a la Seguridad Social en Colombia: fundamentalización formal del derecho a la Seguridad Social

Podríamos afirmar que desde la Sentencia T-016 de 2007¹⁴, a manera de construcción de una línea jurisprudencial, el derecho a la Seguridad Social es

14 Esta sentencia se refiere al derecho a la salud. Pero, de ella parte la concepción jurisprudencial que se analiza y que señala que “Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. Tal posición será analizada en el apartado referente al derecho a la salud.

catalogado como un derecho fundamental autónomo. Posición que ha sido reiterada por sentencias tales como: la T-448 de 2008, la T-404 de 2009. En ellas se argumenta, básicamente que:

Con la reciente evolución de la jurisprudencia constitucional, en el sentido de ser cada vez más un discurso del pasado, aquel que distinguía los derechos con contenido prestacional -no fundamentales- de los derechos fundamentales no prestacionales, el derecho a la Seguridad Social ha dejado de ser un derecho enmarcado dentro de la segunda categorización para pasar a ser un derecho autónomo, propio de la segunda clasificación, susceptible de ser protegido a través del mecanismo de tutela, dado su carácter de derecho fundamental [...] Así las cosas, es claro que el la jurisprudencia constitucional, en su constante evolución progresista, ha precisado el alcance del derecho a la seguridad social y ha establecido su carácter de fundamental, librando al titular de la acción de tutela de entrar a demostrar la relación existente entre el desconocimiento de éste derecho y la consecuente vulneración de un derecho fundamental de carácter no prestacional.

334

Pese a las controversias jurisprudenciales suscitadas en relación con la sentencia T-016 de 2007, hemos podido observar cómo en la actualidad la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido en forma mayormente pacífica la de entender la Seguridad Social como un derecho, un derecho fundamental y como un derecho fundamental autónomo. Un derecho fundamental autónomo con una dimensión de servicio público, esencial en lo referente en pensiones al reconocimiento y pago de pensiones y en salud especialmente en lo relativo al tema de la atención de urgencias. De tal postura dan fe, entre otras, las sentencias C-520 de 2016 al determinar en sus apartes que:

En cuanto los inconvenientes dogmáticos, la jurisprudencia constitucional ha llegado a un consenso, nutrido por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acerca de la aplicación en el plano de la protección de los derechos constitucionales, de las propiedades de indivisibilidad e interdependencia que les son atribuibles. Por ende, se ha concluido que todos los derechos

constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos encuentra un vínculo escindible con el principio de dignidad humana, fundante y justificativo del Estado social de derecho. Por lo tanto, la tesis de la *conexidad* entre los derechos sociales y los derechos fundamentales, como presupuesto para la justiciabilidad de aquellos, perdería sustento al preferirse esta visión integradora del carácter *insfundamental* de los derechos.

En resumen, podemos afirmar que las Seguridad Social presenta en la actualidad las dimensiones de derecho fundamental autónomo, la de sistema, en forma principal creado por la Ley 100 de 1993 y la dimensión de servicio público. Derivado de ello, en términos de justiciabilidad de la Seguridad Social podríamos referir que sus acciones o mecanismos de protección y defensa van desde su protección vía acción de tutela¹⁵ en su dimensión de derecho fundamental hasta su defensa vía acciones ordinarias laborales o vía acciones contenciosas administrativas según el caso en su dimensión de sistema de Seguridad Social integral o de servicio público esencial¹⁶.

Finalmente, y a pesar de la constitucionalización del Derecho a la Seguridad Social y su relación de interdependencia e indivisibilidad con otros derechos, deberes y libertades, tales como: la vivienda digna, la educación, el trabajo digno y decente, del deporte y la recreación, la salud, las pensiones, la protección laboral, el libre desarrollo de la personalidad, es posible afirmar también, que la concepción y el entendimiento de la Seguridad Social como un *derecho humano y seriamente fundamental*¹⁷ aún se encuentra en construcción en nuestra sociedad. Quizás el

15 Véase el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y los decretos reglamentarios de tal acción. En forma principal los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992; 1382 de 2000 (Decreto 404 de 2001), Decreto 1834 de 2015, Decreto 1983 de 2017.

16 Véase el Código de Derecho Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, Código Contencioso Administrativo y Código General del Proceso. Especialmente las Leyes 712 de 2001, 1437 de 2011 y 1564 de 2012, entre otras normas.

17 Expresión que al autor utiliza para resaltar que el reconocimiento del Derecho a la Seguridad Social y a la Salud no deben ser solo formales, sino que debe trascender a su goce real y efectivo. Además, que su protección debe hacerse bajo la integralidad de acciones o me-

goce efectivo de la dimensión de servicio público del derecho a la Seguridad Social y el propio derecho como tal, aún siguen siendo considerados por algunos actores como un derecho meramente prestacional y su contenido esencial aún no se ha comprendido en su cabalidad.

Conclusiones

La Seguridad Social se constitucionaliza en Colombia con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Antes no estaba consagrada ni como servicio, ni como derecho.

Pese a la constitucionalización de la Seguridad Social, la fundamentalidad de tal derecho fue ampliamente discutida, en especial para efectos de su protección vía acción de tutela.

La discusión de su fundamentalidad o no discurrió desde la concepción de la Seguridad Social como un servicio, o como un derecho meramente prestacional o de segunda generación hasta las nociones jurisprudenciales de su fundamentalidad por vía de conexidad o extensión con otros de los derechos típicamente fundamentales.

En la actualidad la Seguridad Social, fuera de su connotación como un constructo social, es entendida en forma pacífica por la jurisprudencia colombiana

canismos que los Derechos Fundamentales tienen en Colombia desde la propia Constitución Política, además de la acción de tutela, esto es: aplicación inmediata, artículo 85 C.P.; reserva de ley para su reglamentación a través de una ley Estatutaria, artículo 152, C.P.; no suspensión en estados de excepción, artículos 93 y 214.2 C.P., artículo 4º Ley 137 de 1994, artículo 27 de la Convención Americana de DDHH; y poseer una protección especial para su modificación, artículo 377 C.P. Véase por ejemplo cómo el Derecho a la Salud, en su calidad actual de Derecho Fundamental está regulado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que lo reconoce como tal, como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

de la Corte Constitucional como un derecho fundamental autónomo con una dimensión de servicio público.

El derecho a la Seguridad Social es un derecho amplio e integrador, no en el sentido del Sistema de Seguridad Social *Integral*. Por tanto, debe incluir, además de los riesgos referidos, todas las condiciones básicas para que un ser humano tenga una vida digna con calidad y bienestar. El derecho a la seguridad social no puede ni debe limitarse a la noción de sistema. El sistema conlleva la fundamentación procedimental, pero el sistema no es el derecho.

El moderno concepto de Seguridad Social, en su calidad de derecho inherente a la persona humana, si bien puede depender del grado de desarrollo o subdesarrollo de los países, debe también contemplar condiciones generales de bienestar y calidad de vida personal y social. El derecho a la Seguridad Social se respeta y garantiza en la medida que los Estados desarrollen políticas, planes y programas de crecimiento social, cultural, económico y político; de distribución adecuada de las riquezas, de programas integrales de promoción y prevención de la salud, de acceso real a la educación, a vivienda digna; a posibilidades reales de desarrollo integral, personal y social. El derecho a la dignidad humana se restablece como epicentro de protección, como fin esencial de las acciones, políticas públicas, planes y programas estatales.

El derecho a la Seguridad Social no es caridad ni beneficencia. No es asistencia pública. Es un derecho inherente a la persona por el solo hecho de ser persona humana, no por estar en situación de vulnerabilidad. La esencia del derecho a la Seguridad Social conlleva no solo la previsión, también la garantía permanente de condiciones previsibles o no de dignidad humana, actual y futura, individual y social. Es un derecho que se relaciona íntimamente con el derecho a la vida, entendido hoy como el derecho a una vida digna y con calidad (artículo 11, superior) y que

se basa en claros contenidos en los postulados universales referidos por la OIT¹⁸ y, entre otros muchos, por el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, en cuanto reconoce la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano, concebido como garantía para la consecución del bienestar de la población, y como factor de integración permanente, estabilidad y desarrollo armónico de la sociedad¹⁹, enunciaciones que necesariamente hacen parte de la concepción del derecho a la seguridad social como un derecho integral y no como un mero derecho a la protección de algunos riesgos o contingencias²⁰.

18 Véase la concepción internacional de lo que debe ser el contenido exigible para los programas de Seguridad Social. Postulados universales de la OIT adoptados en la Reunión Panamericana de la Seguridad Social y acogidos por Colombia. Para la OIT, la concepción de la Seguridad Social se refiere a: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos».

19 A través de la Ley 516 de 1999, Colombia aprobó el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, acordado por unanimidad en la “Reunión de Ministros -Máximos Responsables de Seguridad Social de los Países Iberoamericanos”, celebrada en Madrid (España) los días 18 y 19 de septiembre de 1995. Tal ley fue declarada exequible por la Sentencia C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

20 Véase, además la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones 3 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Referencias

- Abramovich, V. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado de: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MzU1MTUmaWRIPTEwMzcmdXJsPTE1Jm5hbWU9UkN-FQ18xN18yMzkucGRmJmZpbGU9UkNFQ18xN18yMzkucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbmlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm>
- Almansa Pastor, J. (1991). *Derecho de la Seguridad Social*. 7 Ed. Madrid: Tecnos.
- Arango, R. (2004). *Derecho, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Legis.
- Arenas Monsalve, G. (2008). *El derecho colombiano de la Seguridad Social*. 2 Ed. Bogotá: Legis.
- Baldassarre, A. (2001). Los derechos sociales. *Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho*, (20).
- Bernal Pulido, C. (2007a). *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2007b). *Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. 4 Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bianchi, R. (Coord.). (1999). *Principales conceptos utilizados en Seguridad Social*. funcionario de la Asesoría Económica y Actuarial del Banco de Previsión Social de Uruguay y publicado en su Boletín 162.
- Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre derecho fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Bowen, A. (1992). *Introducción a la Seguridad Social*. 3 Ed. Chile: Editorial Jurídica.
- Cañón Ortegón, L. (2007). *Una visión integral de la Seguridad Social*. 2 Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República. (2012). Ley 1564 de julio 12 por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48.489.
- Congreso de la República. (1984). Decreto 1 de enero 2 por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial 36439.
- Congreso de la República. (1990). Ley 10 por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 39137.

- Congreso de la República. (1993). Ley 100 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41148.
- Congreso de la República. (2001). Ley 712 por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. Diario Oficial 44640.
- Congreso de la República. (2001). Ley 715 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Diario Oficial 44654.
- Congreso de la República. (2007). Ley 1122 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 46506.
- Congreso de la República. (2011). Ley 1438 por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47957.
- Congreso de la República. (2015). Ley 1751 Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 49427.
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-016 de enero 22. M.P. Sierra Porto, H.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-520 de septiembre 21. M.P. Calle Correa, M. V.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-193 de marzo 30. M.P. Escrucería Mayolo, I.
- Cortés Hernández, Ó. (2007). *Derecho de la Seguridad Social*. 3 Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Díez Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho. La derogación de la ley*. Madrid: Civitas.
- Dueñas Ruiz, Ó. (2003). *Las pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Foucault, M. (2006). *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Gómez Serrano, L. (2008). *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- González Roaro, B. (2003). *La Seguridad Social en el Mundo*. Buenos Aires: Siglo

- Veintiuno Editores.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (1995). Código Iberoamericano de Seguridad Social. Recuperado de: http://www.oiss.org/IMG/pdf/CODIGO_IBEROAMERICANO2.pdf
- Osuna Patiño, N. (1997). *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Luño, A. (1997). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Presidencia de la República. (1948). Decreto-Ley 2158 de junio 24 sobre los procedimientos en los juicios del trabajo.
- Redondo Gómez, H. y Guzmán Mora, F. (2000). *La reforma de la salud y la seguridad social en Colombia. El desastre de un modelo económico*. Medellín: Diké.
- Rodríguez Mesa, R. (1997). *La reforma a la seguridad social en Colombia. Pensiones y Riesgos Profesionales*. 2 Ed. Bogotá: Rodríguez Quito Editores.
- Salama, P. et al. (2005). *Sistemas de Protección Social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*. Colección de Estudios sobre protección social. Tomo I. Centro de Investigaciones para el Desarrollo. CID. Bogotá: Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Colombia.
- Vanegas Castellanos, A. (1997). *Teoría y práctica de la Seguridad Social*. 3 Ed. Bogotá: Ediciones librería del Profesional.
- Wilches, G. (1983). *Fundamentos de Seguridad Social*. Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: Radar.

SACRIFICIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA BÚSQUEDA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y NECESIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ANGY PLATA ÁLVAREZ¹

Resumen

Recopilación de los fundamentos principales para la presentación de ponencia en la mesa denominada “Seguridad jurídica y justicia constitucional” en el marco del V Seminario Internacional realizado por la Red Interinstitucional para el Estudio del Derecho Procesal y la Justicia, cuyo producto es el resultado de un ejercicio investigativo adelantado desde el quehacer al servicio de la Rama Judicial,

¹ Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Licenciada en inglés de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, Especialista en Contratación Estatal y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente e investigadora en la Universidad Santo Tomás de Medellín, grupo de investigación Derecho, Sociedad y Globalización. Líder Semillero en Derecho Procesal. Correo: angieplata27@hotmail.com y angie.plata@ustamed.edu.co

y en la labor docente y coordinadora de un semillero en derecho procesal de la Universidad Santo Tomás. El tema central de la versión 2018 del evento ha sido “Luces y sombras en la constitucionalización de la justicia” y su objetivo se ha determinado como el de estudiar los efectos, tanto negativos, como positivos, de este importante fenómeno del siglo XX para los países en vía de desarrollo como Colombia; y especialmente, discernir sobre el impacto en la función judicial, en perspectiva comparada con otros Estados.

Se pretende exponer, cómo bajo la bandera de la seguridad jurídica, se ha afectado de forma relevante el derecho de acceso a la administración de justicia y, por ende, la tutela judicial efectiva. Y lo necesaria que resulta al respecto la justicia constitucional incluso con la cuestionada y polémica acción de tutela contra providencias judiciales.

Palabras clave: seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, formalismo, justicia constitucional, acción de tutela.

Constitucionalización del derecho y garantismo

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, y en especial con el papel preponderante de la Corte Constitucional, la observancia de la primacía de la Carta Política se ha extendido a todas las ramas de las ciencias jurídicas y, de contera, obliga a los operadores judiciales a observar en sus providencias el precedente constitucional (Arrieta, 2009). En reciente publicación del reconocido periódico *Ámbito Jurídico*, el tratadista Tamayo (2017) sostuvo que uno de los conceptos más utilizados y más mal utilizados en el lenguaje actual de la hermenéutica jurídica, es el de la constitucionalización del derecho, *afirmando que* es apenas obvio entender que la constitucionalización del derecho consiste en que ninguna norma puede

contradecir la Carta Política, ya que esta alumbra la validez de todo el sistema normativo acorde al artículo 4 de la norma superior.

La primera advertencia que se hace en el artículo en cita por parte del exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, es que la inmensa mayoría de normas constitucionalmente válidas no son mencionadas para nada por la Constitución, y que es un yerro recurrente fallar en determinado sentido, bajo la justificación de que determinada norma de carácter legal o administrativo contradice el texto del principio constitucional que sirve de apoyo a sus deseos, o porque simplemente los textos constitucionales priman sobre los legales. Para el efecto estima importante revisar el concepto de restricción de los principios constitucionales (Alexy, 2016) puesto que, aunque la Constitución consagra derechos y principios constitucionales en forma categórica, lo cierto es que, necesariamente, tales derechos y principios deben ser restringidos con el fin de que, en aras del principio de igualdad, a todos les toque, más o menos, la protección del derecho restringido. Lo anterior se traduce en que cada uno sacrifica un poco de un determinado derecho para poder recibir un poco de otro derecho.

Concluye Tamayo (2013): la simple contradicción lingüística entre ley y Constitución no genera inconstitucionalidad, la constitucionalización del derecho consiste en que las normas inferiores del sistema jurídico no pueden ser restricciones axiológicas excesivas de derechos o principios constitucionales.

En Colombia, es común escuchar a los abogados litigantes referirse a los jueces y magistrados bajo la siguiente categoría: garantistas y legalistas. Los últimos (legalistas), son concebidos como aquellos operadores judiciales que en sus decisiones dan estricta aplicación al tenor literal de la ley, mientras que los primeros (garantistas), se conciben como aquellos que en sus decisiones dan prevalencia a los principios y preceptos constitucionales, no plasmado incluso de forma expresa.

Garantías constitucionales y democracia: replanteamiento del concepto de validez normativa

De acuerdo con Ferrajoli (2011), acerca de los límites y los vínculos constitucionales a la validez sustancial de las leyes, se tiene que en el paradigma paleo-positivista del Estado liberal, la ley, cualquiera que fuese su contenido, era la fuente suprema e ilimitada del derecho. De acuerdo a esto resultaba inconcebible la idea de una norma supraordenada a la ley que tuviese la facultad de vincular los contenidos de la actividad legislativa. Como bien es sabido en el mundo contemporáneo, dicha omnipotencia de la ley desapareció con la afirmación de la Constitución como norma suprema que conlleva subordinación rígida por parte de todas las demás normas. Ferrajoli (2011) sostiene que, como consecuencia de esta innovación, la legalidad ha cambiado de naturaleza, pasando de ser un simple producto del legislador condicionante y disciplinado a un producto de la planeación jurídica de la calidad de la propia producción legislativa, que a la vez haga las veces de vínculo y límite al legislador, donde el derecho se positiviza no solo en su ser, sino en su deber ser.

De acuerdo con estos cambios, debe replantearse el concepto de validez de las normas, pues este no puede quedarse en un aspecto procedimental de formación, sino trascender a su contenido sustancial. En palabras de Ferrajoli (2011) las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia:

Las garantías constitucionales son las garantías de la rigidez de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos que agravan de manera específica a los poderes del Estado. En efecto, la rigidez consiste en la colocación de la constitución en el vértice de la jerarquía de las fuentes y por ello en el grado supraordenado y normativo de todas sus normas en relación con todas las demás del ordenamiento.

Según Ferrajoli (2011) las garantías constitucionales se clasifican en: garantías primarias y garantías secundarias. Las primarias a su vez se dividen en negativas y positivas. Las garantías constitucionales primarias positivas consisten en la obligación a cargo del legislador ordinario de producir una legislación de actuación de los derechos constitucionalmente establecidos. Las garantías constitucionales primarias negativas consisten en la prohibición para el legislador ordinario de modificar o derogar los principios y derechos constitucionalmente establecidos.

La violación de las garantías negativas da lugar a antinomias, mientras que la violación de las garantías positivas da lugar a lagunas. Mientras las secundarias se traducen en el control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que contradigan tales principios y derechos.

Nuevo panorama constitucional

En estos tiempos podemos advertir un nuevo panorama constitucional, tanto en el contexto nacional como internacional, el cual además resulta radicalmente diferente del planteado desde la teoría constitucional clásica (Bustos, 2005). Haciendo un análisis de la explotación ideológica de la idea de Constitución, Bustos (2005) afirma que el peligro para el discurso constitucional de este tipo de situaciones es que revierten el lenguaje del jurista. Afirma que el debate no es sobre la capacidad de convicción de los argumentos constitucionales en conflicto, sino sobre el alcance de la propia noción de Constitución. Por su parte, Pérez (2010) considera que una de las características del sistema constitucional tradicional reposaba en la percepción, en cierto sentido, metajurídica de la Constitución, concibiéndola como un conjunto de principios situados casi extramuros del ordenamiento, que solo adquirirían sustantividad jurídica a través de su concreción en la ley, concreción que a menudo no llegaba a producirse.

Conforme con ello, y frente a esta visión, aduce que el constitucionalismo de la primera postguerra y sobre todo, el de la segunda, parte de la concepción de que la Constitución es una auténtica norma jurídica que tiene eficacia por sí misma, sin perjuicio de su desarrollo y concreción posteriores. Para el autor, el alcance de la jurisdicción constitucional, que ejercen los jueces y tribunales ordinarios es el de la “plenitud material de su vinculación a la Constitución”. Corolario de ello, la jurisdicción ordinaria, desde una perspectiva sustantiva, está plenamente vinculada a la Constitución, lo que significa que está limitada (en negativo) por la norma fundamental y que debe aplicarla (en positivo) en todas y cada una de sus actuaciones, si poder, pues, ni vulnerarla ni desconocerla.

En el mismo sentido se pronunció López Medina (2002) indicando que el nuevo constitucionalismo colombiano, iniciado con el texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho nacional, dado que los textos constitucionales se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos por resolver mediante la acción de jueces y funcionarios administrativos en Colombia. Resalta el reconocido tratadista que esta situación contrasta de forma evidente con la posición dogmática que contemplaba la Constitución colombiana de 1886, donde, al parecer, los textos constitucionales solo podían ser directamente aplicados por los organismos “vértice” del Estado con confrontaciones de “alta política”. De acuerdo a ello, el Presidente, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia, parecían ser los únicos actores legitimados, en situaciones muy especiales, para aplicar directamente el contenido de la Constitución. Si bien existía desde ese entonces la llamada “excepción de inconstitucionalidad”, sin embargo, rara vez los jueces hacían uso de dicha facultad.

La constitucionalización del derecho presupone e implica entonces, un fortalecimiento del rol del juez en el ejercicio de director del proceso. Uprimny (2016) manifiesta que las reflexiones acerca del sistema judicial y sus reformas

no debe ser un asunto puramente de expertos, sino también de la ciudadanía en general, dado que, pese a tratarse de un tema completo y que a veces resulta técnico y aburrido, sin un sistema judicial eficaz e independiente es imposible consolidar un Estado de derecho sólido o lograr el desarrollo económico. Sumado a ello, el sistema judicial no debe estar orientado únicamente a garantizar la seguridad del mercado, sino también a defender la democracia y los derechos fundamentales. Luego de múltiples investigaciones, Uprimny (2016) ha concluido que de forma paradójica Colombia atraviesa por una crisis judicial profunda que no permite que el aparato judicial satisfaga las demandas de la población, sin que ello implique que esté colapsado, máxime cuando en la historia colombiana los jueces nunca habían tenido tanta incidencia en los asuntos políticos y públicos.

De la situación precaria del sistema judicial colombiano, en lugar de atacarle y defender su desmonte o su reestructuración corporativa autoritaria, resulta necesario fortalecer sus potencialidades democráticas (Uprimny 2016).

Seguridad jurídica vs. tutela judicial efectiva

Armenta (2015) sostiene que en el momento actual en el que converge la crisis económica y su innegable efecto sobre toda la política legislativa, todo parece exigir que la justicia afronte y resuelva la repetida tensión celeridad–eficacia y seguridad jurídica. Manifiesta que en el transcurso del siglo XX se ha producido una publicistización del proceso, caracterizada sustancialmente por trasladar al juez el control sobre los presupuestos procesales y el impulso procesal, sin negar a las partes las facultades que les asiste. Partiendo de la premisa de que en todo Estado Constitucional se pretende que el ordenamiento jurídico esté orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos, Rúa y Lopera (2002) sostienen que la evolución del Estado implica que paralelamente cada una de las funciones que le son inherentes busquen igualmente esa garantía efectiva de los

derechos de los administrados y, por qué no, de los mismos administradores. De acuerdo con los autores mencionados, todo Estado Constitucional reúne como mínimo tres características:

- i) Supremacía constitucional.
- ii) Sometimiento a derecho de todos los poderes públicos.
- iii) Orientación a garantizar los derechos e intereses de las personas vinculadas de un modo u otro a ese Estado.

A su turno, la Constitución Española contempla que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. En palabras del profesor Chamorro (1994), la tutela judicial efectiva tiene un componente cuádruple, a saber:

- i) Derecho de libre acceso a la jurisdicción en las instancias reconocidas.
- ii) Derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión.
- iii) Derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso.
- iv) Derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial.

España es abanderada por reconocer la importancia de la tutela judicial efectiva, y ejemplo de ello además de su Constitución, es la Ley de Enjuiciamiento Civil que la contempla expresamente. En la exposición de motivos de dicha norma claramente se indica:

La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la justicia al justiciable que no consiste en mejorar la imagen de la justicia para para hacerla parecer más accesible sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser seguido y conocido por el tribunal tanto en

su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales.

El reconocimiento de la tutela judicial efectiva cada vez tiene más réplica a nivel mundial y puede verse plasmado en diversas constituciones y normas internas (verbigracia España, Alemania, Venezuela, Estados Unidos). Puede observarse que, incluso algunos tratadistas, consideran a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental, o siendo este el derecho de acceso a la administración de justicia, se le entiende íntimamente ligado al derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Bernal (2007) señala que las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales, no obstante, la jurisprudencia ha extendido a otros enunciados constitucionales la calificación de disposiciones de derecho fundamental, pero siempre, bajo el entendido de que tienen una conexión interpretativa.

En palabras de Chamorro Bernal (1994), la tutela judicial efectiva es tan solo:

Una primera aproximación el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales. (Citado por Rúa y Lopera, 2002).

En el caso preciso del ordenamiento jurídico colombiano, un análisis de la Constitución Política no permite determinar de forma fehaciente, concreta y expresa que la tutela judicial efectiva constituya un derecho fundamental, sin embargo, en la Carta Política sí se advierten los elementos propios de la tutela judicial, citados en párrafos anteriores.

Según el análisis realizado por Rúa y Lopera (2002), la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-318 de 1998 reconoció el derecho a una tutela judicial efectiva como un derecho garantizado entre otros, por los artículos 29 y 229 de la

Constitución, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8-1 y 25-1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

Determinada la noción básica, características, elementos e importancia de la tutela judicial efectiva, resulta pertinente revisar las formas mediante las cuales se hace ineficaz la tutela judicial efectiva. De acuerdo con Rúa y Lopera (2002) dichas formas se traducen en:

- i) Excesivo formalismo.
- ii) Incongruencia.
- iii) Falta, insuficiencia o arbitrariedad en la motivación.
- iv) Falta o indebida notificación.
- v) *Reformatio in pejus*.
- vi) Falta de contradicción procesal.

Siendo todas graves aversiones de la tutela judicial efectiva, merece especial atención la primera de ellas, que ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia nacional de las altas cortes con el nombre de “exceso ritual manifiesto”, en la medida que la misma ocurre bajo un discurso de legalidad por parte de los operadores judiciales y en una cruzada acérrima por la obtención y garantía de la seguridad jurídica.

Conforme a Patiño (2013), la irradiación de los principios constitucionales del proceso en las reglas procesales, conlleva a que estas se apliquen mediante la ponderación, porque se deben resolver los conflictos que entre los principios se presentan, esto se refleja por ejemplo, en la tensión entre el principio a ser juzgado por las reglas propias de cada juicio, con el de prevalencia del derecho sustancial; entre el principio de acceso a la justicia con el de seguridad jurídica; el de bilateralidad o defensa, con el de economía o celeridad procesal. La impregnación

de las reglas procesales por los principios se demuestra a través de un análisis juicioso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, del exceso de rigor manifiesto, mediante la cual se resuelve el conflicto entre el principio del formalismo y el principio de la prevalencia del derecho sustancial.

Es común leer que en sus providencias, los jueces o magistrados, en procura por la protección del derecho fundamental al debido proceso, empleen de forma excesiva determinados formalismos o fórmulas procedimentales, vulnerando un principio de gran relevancia en el derecho y que ampara el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, que es el de la prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formalidades, traduciéndose en una evidente afrenta al derecho de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva. Consecuencia de los planteamientos realizados, es inevitable preguntarse: ¿Hasta dónde se llega bajo la bandera de la seguridad jurídica? Para garantizar el principio de la seguridad jurídica necesariamente ¿se debe incurrir en un estricto legalismo o excesivo ritualismo manifiesto?

La acción de tutela contra providencias judiciales

La Constitución Política colombiana consagra en su artículo 86 la acción de tutela, la cual constituye un mecanismo a favor de todas las personas frente a la violación o amenaza de derechos fundamentales por cualquier autoridad pública. Sostiene Polanco (2014) que ello representa el planteamiento de un cambio en el paradigma jurisdiccional, en razón a los derechos que son objeto de esta especial protección. A su turno, la Corte Constitucional colombiana determinó mediante su jurisprudencia desde el año 1991 hasta hoy, que de manera excepcional la acción de tutela procede en contra de providencias judiciales, y el mismo órgano judicial

ha establecido un marco teórico riguroso, para que solo bajo el cumplimiento de determinadas exigencias el juez de tutela entrase a enjuiciar, las providencias del juez de conocimiento (Polanco, 2014).

La Carta Política desde el año 1991, hasta la actualidad, ha identificado como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales el exceso de ritual manifiesto, nutriendo así el concepto de la vía de hecho en Colombia. En virtud del desarrollo jurisprudencial de la Corte, indica Polanco (2014) que se determinaron como causales de vía de hecho los defectos sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental, además de la sentencia inhibitoria, que constituyeron la configuración del concepto de vía de hecho, construcción cimentada en lo que denomina la teoría general del derecho procesal como sentencia arbitraria y sentencia caprichosa.

No es novedad la controversia que genera la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, y la fuerza que han hecho por prohibirla el Gobierno y corporaciones como la Corte Suprema de Justicia, en su lugar, incluso se ha llegado a proponer un recurso extraordinario contra sentencias arbitrarias que sea resuelto dentro de cada jurisdicción por la Corte Suprema de Justicia (jurisdicción ordinaria) y el Consejo de Estado (jurisdicción contencioso administrativa), sin posibilidad de revisión ante la Corte Constitucional. Señalan García y Uprimny (2016) que los defensores de la reforma que propone eliminar la tutela contra sentencias consideran que ella es necesaria no solo para evitar los desestabilizadores choques de trenes entre las altas cortes; sino además para salvaguardar la seguridad jurídica, el principio del juez natural y la supremacía de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa. Advierten los autores que las bases de dicha tesis son las siguientes:

i) Las decisiones judiciales no pueden quedar sujetas indefinidamente a un ataque por tutela, pues no habría cosa juzgada ni seguridad jurídica.

ii) No es razonable que un juez de tutela, que no es experto en una determinada materia, pueda revocar una sentencia del juez especializado en esos asuntos, por lo que, por ejemplo, es ilógico que un juez penal, actuando como juez de tutela, interfiriera en la actuación de los jueces civiles, ya que se estaría desplazando al juez natural del caso.

iii) Finalmente, si la Corte Suprema es el tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria y el Consejo de Estado el tribunal supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, entonces sus sentencias deben ser inimpugnables, por lo que es extravagante que sus decisiones puedan ser atacadas por tutela ante otros jueces, y menos ante funcionarios judiciales de menor jerarquía, pues se estaría rompiendo la coherencia de la estructura judicial.

Se afirma por los detractores de la tutela contra sentencias, que los propios procesos judiciales son el escenario adecuado para el amparo de los derechos fundamentales, máxime cuando es obligación de los jueces dar plena aplicación de la Constitución y las partes cuentan con los recursos para impugnar las decisiones que consideren erróneas. Asimismo, que nada asegura la infalibilidad de los jueces de tutela que se pueden equivocar tanto como el juez que conoce el proceso.

Varias de las teorías planteadas, pierden sustento cuando se verifica el contenido del Decreto 1382 de 2000 *por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela*, dado que en su artículo 1 consagra que los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conocerán de la acción de tutela, a prevención, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura.

A los jueces del circuito o con categorías de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden Distrital o municipal y contra particulares.

Las acciones de tutela dirigidas contra la aplicación de un acto administrativo general dictado por una autoridad nacional serán repartidas para su conocimiento al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, siempre que se ejerzan como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y éstas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente numeral.

2. Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4º del mismo decreto.

El magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, Rubén Henao, sostiene que de manera recurrente la Corte Suprema de Justicia se ha negado a admitir y tramitar tutelas presentadas en su contra, razón por la cual la primera corporación ha tenido que asumir su conocimiento. Por otra parte, etiqueta a la Corte Suprema como una

Corte renuente en rebeldía de cumplir con la Constitución Política, al evidenciar la negativa de la misma en acatar órdenes realizadas en virtud de tutelas promovidas contra sus propias sentencias, lo que califica como un choque de vanidades. El autor advierte en todo caso que la Corte Suprema en realidad no ostenta tal calidad y debe concebirse únicamente como el órgano límite de la jurisdicción ordinaria, con competencia exclusiva y excluyente como **Tribunal Máximo de Casación, unificador de la jurisprudencia nacional en derecho penal, laboral, civil, comercial y de familia. No se predica entonces supremacía de dicha Corte respecto del Consejo de Estado ni la Corte Constitucional (Henoa, 2007).**

Al parecer el planteado choque de vanidades no es exclusivo de Colombia, Pérez Tremps (2010) lo aborda como “recelos institucionales” cuando analiza el caso español, frente al Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pues el último anuló las primeras sentencias de tribunales ordinarios por vulneración del principio de presunción de inocencia. La verdadera fuente procesal de conflicto entre ambos tribunales es exclusivamente el recurso de amparo (mecanismo equiparable a la acción de tutela en Colombia, por sus características).

Conclusiones

Debo decir que como abogada y exfuncionaria de la Rama Judicial me declaro una defensora y seguidora de la acción de tutela contra providencias judiciales respetando las reglas previstas en el Decreto 1382 de 2000 y estimo que su procedencia debe analizarse más allá de los egos y molestias personales.

En un país donde el aparato judicial padece una grave congestión, donde los jueces son medidos únicamente con el rasero de la estadística (cantidad sobre calidad), donde se crearon medidas de descongestión con la expresa obligación de cumplir metas numéricas so pena de supresión, la calidad tiene a ceder. Es en

este escenario, donde la acción de tutela aparece para garantizar efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, entendido como el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

De la cita extensa que realiza Henao (2007) de la sentencia de tutela proferida por el Consejo Superior de la Judicatura dentro del proceso con radicado 11001010200020050139001174 del 26 de octubre de 2005, se considera importante resaltar el siguiente aparte:

Si bien es cierto el artículo 86 de la Constitución Política no es explícito en cuanto la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es claro y preciso en cuanto la establece a favor de toda persona, para que la ejerza en todo momento y lugar, cuando quiera que sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, siendo incontestable que la Corte Suprema de Justicia, es una de ellas, sin que la norma superior, de obligatorio cumplimiento, predique restricción alguna.

En palabras de Henao (2007), los valores de seguridad jurídica y cosa juzgada entran en tensión en la jurisdicción constitucional en virtud de la acción de tutela con el valor de justicia, el cual prima sobre los anteriores valores. Lo anterior permite percibir que el único argumento con el cual se ataca el mecanismo (tutela contra sentencias), es un simple argumento de autoridad carente de fundamento legal.

Referencias

- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del Derecho*. Madrid: Ed. Trotta.
- Armenta Deu, T. (2015). *Privatización de la justicia: seguridad jurídica, acceso y abandono del proceso. El poder judicial y la justicia*. Caaldas: Editorial Lasallista.
- Arrieta Flórez, V. (2009). La constitucionalización del derecho y su incidencia en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, 2(2).
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3 Ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Bustos, R. (2005). *La Constitución RED: Un estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Eragundea.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2005). Proceso con radicado 11001010200020050139001174.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2005). Proceso con radicado 11001010200020050139001174.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-318.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Mínima Trotta.
- García Villegas, M. y Uprimny Yepes, R. (2016). Necesidad, conveniencia y aspectos por reformar de la tutela contra sentencias. En: M. García y M. Ceballos. *Democracia, justicia y sociedad: diez años de investigación en dejusticia*. Bogotá: Colección Dejusticia.
- Hena Orozco, R. (2007). *Choque de vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las altas cortes colombianas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- López Medina, D. (2002). *Interpretación judicial. Plan Nacional de formación y capacitación de la Rama Judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia.
- Patiño Mariaca, D. (2013). La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(119).
- Pérez Tremps, P. (2010). *Sistema de justicia constitucional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- Polanco Bustos, Y. (2014). Exceso de ritual manifiesto en la jurisprudencia Constitucional colombiana. Recuperado de: <https://aprendeenlinea.udea>.

edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/21668/17857

- Presidencia de la República. (2000). Decreto 1382 Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela. Diario Oficial 44082.
- Presidencia de la República. (1991). Decreto 2591 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario oficial 40165
- Rúa Castaño, J. y Lopera Lopera, J. (2002). *La tutela judicial efectiva*. Bogotá: Leyer.
- Tamayo, J. (2013). *La decisión judicial*. Medellín: Díké.
- Tamayo Jaramillo, J. (2017). Por una definición exacta de la constitucionalización del Derecho. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/por-una-definicion-exacta-de-la>
- Uprimny Yepes, R. (2016). Un sistema judicial para profundizar la democracia. En: M. Garcia y M. Ceballos. *Democracia, justicia y sociedad: diez años de investigación en dejusticia*. Bogotá: Colección Dejusticia.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHO PRIVADO Y SANCIÓN PENAL: LÍMITES A LA EMPRESA DEL SIGLO XXI

FÉLIX ADOLFO LAMAS¹

363

Resumen

Las constituciones, en Occidente, tuvieron como fin organizar formas de gobierno, instaurar principios jurídicos y establecer límites. Cada movimiento constitucional, sea en la época de Solón, de los jacobinos o de las postguerras, estableció un control al Estado, legislativo o judicial, para evitar el abuso al ciudadano, que aparecía como el débil de esa relación dispar. El siglo XXI, sus constituciones y su forma de control judicial significaron una ruptura con esa tradición milenaria. Las partes fuertes de la relación jurídica pasaron a ser los grandes capitales y las compañías de servicios. Quien marca el límite a la empresa,

¹ Doctor en Derecho. Docente en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina – UCA.

que puede ser comercial, administrativo o penal, es ese Estado de cuyos abusos la Constitución debía protegernos.

Palabras clave: justicia constitucional, empresa, derecho privado, derecho penal.

Introducción

364 | Durante el largo período temporal que fue desde Solón y Aristóteles hasta Kelsen, con sus diferencias, el concepto de Constitución tenía algunos puntos uniformes, ciertos principios que los unían, determinados puntos de contacto. Así, las constituciones nacieron en la antigüedad como continentes de las formas políticas y horizonte de los legisladores; se establecieron, en el sentido que tienen en la actualidad, en la edad moderna, como límite de los príncipes y llegaron a Kelsen como cima del ordenamiento jurídico y fuente de todo poder legislativo.

Hoy, los ordenamientos fundamentales cambiaron. El neoconstitucionalismo y la justicia constitucional desde las cátedras y los tribunales consiguieron variar su rol. El control ya no es solo para la ley y el examen no es solo para el gobernante. En este siglo XXI, por la fuerza de las nuevas doctrinas y mediante la tarea de los jueces, la Constitución llegó a la empresa; arribó al derecho privado para controlarlo, para inmiscuirse en sus acciones y asumir la defensa del débil, ya sea un usuario, un consumidor o un ciudadano común.

En efecto, asistimos, no solo a la injerencia judicial mediante el control constitucional, en el devenir comercial habitual, sino también a la penalización de la persona jurídica. Este fenómeno, que aparece *prima facie* justificado, es el que propongo analizar en esta oportunidad. Y quisiera hacerlo de una forma que pueda ser útil a la multitud de profesores, de diferentes países, que nos reunimos en esta bella ciudad. Por ello, buscaré la profundidad de los principios universales y la

simpleza de las grandes preguntas. Así, sin perjuicio de que, dadas las posibilidades concretas de este trabajo, solo podré abordar algunas, quisiera que nos hagamos los siguientes planteamientos: ¿Es natural que la Constitución sea operativa en el control de una empresa? ¿Es ese el rol que debería tener? ¿Es bueno que así sea? ¿Es justo que sea de esa forma? ¿Es útil para el desarrollo de la industria y el comercio? ¿Cuál es la función del juez en esos casos? ¿La consecuencia de esta injerencia puede desembocar en la sanción penal? ¿Cómo ha ocurrido este fenómeno y por qué? ¿En qué ámbitos del derecho privado? ¿Cuál es el alcance que puede tener este tipo de prácticas en Europa y Latinoamérica?

La justicia constitucional y la forma que ha tenido de desarrollo en este comienzo de siglo ha nacido en el ámbito académico. Por eso, este es el lugar para analizar sus oportunidades, sus fortalezas, sus debilidades y sus amenazas. Este es el terreno para cultivar, para hacernos las preguntas y para empezar a pensar en las respuestas que se plasmarán en las legislaciones de nuestros respectivos países.

Ámbitos del problema

El nuevo paradigma de la parte débil: la empresa, el ciudadano y la sanción

Hace unos meses, en una conversación académica e institucional con los directores comercial y de legales, de un país latinoamericano, que pertenecen a una de las compañías de *retail* más grandes del mundo, me plantearon la misma cuestión teórica que esboqué en preguntas, párrafos más arriba. Ambos sostuvieron, uno desde la parte comercial y el otro desde la jurídica, que el control estatal había adquirido ribetes que habrían sido insospechados hace algunos años, porque ya no era meramente administrativo, sino que muchas veces era judicial, en procesos cortos y expeditos. Hasta hace unas décadas, los estados de los diferentes países

donde tienen presencia controlaban mediante entes administrativos, bajo formas impositivas, bancarias, de control de competencia y de libertad de mercado. La justicia solo actuaba, en su relación con los proveedores y clientes, en casos contados y aislados, como ocurre en cualquier giro comercial.

Por el contrario, en la actualidad, sienten el agobio de Sísifo, ese personaje de la mitología griega que había sido castigado a subir una enorme piedra por una colina, hasta llegar a un lugar, cercano a la cima, donde la piedra volvía a rodar cuesta abajo... indicándole, de esa forma, que debía comenzar nuevamente ese desgraciado proceso. Así, la piedra de Sísifo está formada, en nuestro tiempo, por innumerables requisitos, establecidos en diferentes leyes que, cuando se cumplen, no son garantía de paz en el sentido jurídico, sino sólo una señal de que deben volver a empezar porque la relación con el cliente, que es siempre nueva y compleja es revisada continuamente con el peso de la constitución y la amenaza de la sanción.

Evolución de la teoría constitucional

Ahora bien, ¿cómo evolucionó la teoría constitucional para llegar a este lugar teórico que ya tiene incidencia directa en las grandes empresas? Solón, el gran sabio griego que puso, uno a uno, los cimientos del Occidente jurídico; el maestro de la compasión y de la ley, fue quien trajo a la teoría jurídica el concepto de “límite” (Jaeger, 1954).

Una de las funciones principales de la orden estatal es establecer límites a los ciudadanos, ponerles reglas de conductas que imiten los márgenes que establece la propia naturaleza de las cosas. Ahora bien, el mismo autor dará lo que será el primer precedente que se usará en el nacimiento del constitucionalismo moderno en el siglo dieciocho, el límite al poderoso. El uso de la norma para la protección del débil. El poder estaba en los gobernantes. En los reyes. Ellos eran los poderosos. La ley, entonces, debía ponerle los límites a la comunidad, pero los pueblos debían tener principios y formas de ponerle límites a sus soberanos (Jaeger, 1953).

Lo mismo ocurre con el nacimiento de la Constitución en el sentido propio y actual del término, en la Francia de los jacobinos y Rousseau. El sentido del texto constitucional adquiere un matiz sagrado y conserva como único fin que los ciudadanos puedan contrastar los actos de gobierno con los fines sociales establecidos, para no dejarse oprimir ni envilecer por los poderosos de turno (Duguit, 1898). Así, resulta notorio que las constituciones modernas nacieron como dadoras de las formas políticas, como organizadoras, como constructoras de una polis, de una ciudad, de un Estado. Su primer cometido fue establecer un régimen de principios de gobierno, un sistema de funciones y de autocontrol estatal, lo que fue mutando hasta transformarse en una forma de control del Estado, no *ad intra*, es decir, entre sus propios órganos, sino *ad extra*, es decir, separando al Estado de sus propios ciudadanos.

Como anticipé líneas arriba, la función constitucional, además, fue la de proteger los derechos y garantías de los habitantes, de la comunidad vistos en su individualidad, en la perspectiva de cada ciudadano, que era portador de derechos inherentes a él, indisponible e inalienables. Este proceso fue adquiriendo diversos matices en las diferentes regiones. El llamado principio jacobino de control, que primó en Francia e Inglaterra encargó la protección del ciudadano a la asamblea, que a su vez era el principio legislador. Por muchos siglos, incluso ocurre el día de hoy en muchos países, se creyó que la asamblea, el poder legislativo, tenía mayor representatividad. Es más “pueblo” que el poder administrador.

En efecto, se vio al poder administrador, al poder ejecutivo, como la parte fuerte, como el que tenía tendencia hacia el despotismo y la corrupción; como el que presentaba mayor disparidad, en tanto es quien presentaba el manejo del recurso financiero, del control administrativo y del poder de policía. Si no se controlaba, entonces, al poder ejecutivo; si no se establecía una forma de control, el perjudicado sería el débil, el trabajador, el pobre. Todo el sistema, entonces, se estructuró en nuestros países como una forma de protección del débil, de cuidado

del pobre, como un procedimiento de ayuda del necesitado, de cuidado de aquella parte endeble de la relación.

En términos análogos, Kelsen mantuvo la idea de protección del ciudadano, frente al Estado, mediante la valoración primera de la norma fundamental y sus contenidos indisponibles. El límite al Estado estuvo dado no solo por una enunciación de derechos y garantías sino por un sistema puro y seguro, donde el control de validez de la norma era meramente formal (Kelsen, 2011). Así, la mirada jacobina planteaba una aporía casi irresoluble, fruto de que la oposición individuo y Estado era producto de una animadversión manifiesta hacia los príncipes y las instituciones de la monarquía; mientras que el aporte kelseniano le quita peso a la oposición dialéctica, pero sigue viendo al Estado como el administrador, como el fuerte, como el poderoso que debe ser limitado.

No obstante lo anterior, como sostienen Radbruch (1959), Hart (2011) y Alexy (2008), el planteamiento dogmático de Kelsen no solamente no sirvió para prevenir las grandes injusticias del siglo, sino que fue marco teórico para la justificación de diversos crímenes provenientes del abuso del poder del Estado en la mitad del siglo XX. En suma, no se había planteado el constitucionalismo, hasta hace pocos años, que hubiese necesidad de poder límites en las cartas magnas a un sujeto que no fuera estatal. Sin embargo, en estas últimas décadas, por primera vez en la historia de la humanidad, los diversos y nuevos *neoconstitucionalismos* (Carbonell, 2003) consideran en la misma categoría de dominio, poderío y potencialidad de avasallamiento de derechos, a los grandes capitales económicos.

Así, las empresas de venta de bienes o servicios masivos; las grandes compañías; las proveedoras de servicios de comunicación y los grupos económicos que quizás desde hace años ostentaban un poderío económico mayor al PBI de muchos países y que, además, siempre influyeron directamente en la vida de las personas por fuera de la igualdad del derecho privado han sido, por fin, visualizadas por el

derecho constitucional quien se apresta a ponerles los límites que antes indicaba a los poderosos (Abramovich, 2004). Y esa intromisión ya no tiene solo el peso de la ley. Esa intrusión tampoco es fruto de la dogmática del derecho contractual. Por el contrario, ha llegado con el peso de la operatividad de las constituciones modernas, bajo la forma de amparos o de mecanismos judiciales administrativos. Y ha arribado con tal fuerza que, por primera vez, el empresario se encuentra amenazado incluso en materia penal.

Concretamente, una muestra de lo antedicho se da en el ámbito del derecho del consumidor, que es una rama jurídica que brotó del derecho privado, como una compensación necesaria y saludable al quiebre del principio de igualdad de las partes. En esa área, como veremos más adelante, mediante una especie de control constitucional, el juez, en muchos de nuestros países, puede invadir la esfera contractual para proteger al que percibe débil, al consumidor de bienes y servicios.

El siglo XXI: la empresa como opositora y el nacimiento del derecho del consumidor

Desde la revolución industrial, se empezó a mirar con desconfianza a la empresa y al nacimiento de las fábricas, de las concentraciones económicas, de los asalariados. No es que no existieran antes disparidades, maltratos a los trabajadores por sueldo, a los jornaleros; sino que la creación de las vastas ciudades y las largas chimeneas expusieron y acentuaron la injusticia. Así, hacia la corrección de ese desequilibrio, primariamente, fueron la Iglesia, las asociaciones intermedias y los pensadores llamados humanistas. No fueron a sanar esa herida los legisladores occidentales, que reaccionaron recién a mitad de siglo y, mucho menos, los poderes u órganos constituyentes (Juan Pablo II, 2015).

Es propio recién de esta época, el cambio de mirada, el cambio de poderoso, gracias al nacimiento del derecho del consumidor y el derecho ambiental y su entrada, al unísono, en las constituciones de todo el mundo. Concretamente, la mirada política que dio origen a esa rama del derecho que protege al usuario y adquirente de bienes y servicios, fue impulsada por el presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en su famoso discurso de 1962, donde destacó que los consumidores son el grupo más grande del mercado, pero vistos en soledad son afectados negativamente por todas las decisiones económicas, ya sean públicas o privadas.

Nótese, en ese sentido que, en esa primera ocasión, la defensa se estructuraba contra las decisiones económicas del gobierno y de los particulares, por primera vez y que recién en el año 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó las famosas Directrices de Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores, otorgándole un reconocimiento y legitimidad internacional (Stiglitz, 1994). En mi país, Argentina, en el año 1993, se le dio sanción a la Ley 24.240 que incluyó un catálogo con los principales derechos de los consumidores, el cual quedó marcadamente reducido gracias al veto presidencial, pero adquirió un gran impulso al año siguiente, con el dictado de la Constitución Nacional de 1994 que los incorporó y protegió expresamente. Luego, en el año 2008, se realizó una modificación integral a la ley que posibilitó su aplicación concreta, como ocurrió en muchos países de la región.

El control constitucional, entonces, puso foco en los grandes capitales, en el tratamiento de la relación de consumo, en el *retail*, en los servicios de telefonía móvil, en el tratamiento de residuos. Y, como el controlado fue el empresario, de forma curiosa, los jueces civiles y comerciales ingresaron en el derecho privado con un parámetro diferente, el constitucional. La Constitución, entonces, interpretada por los jueces, comenzó a poner límites a los dueños de los grandes capitales empresarios. Y como el límite ya no era para el Estado, adquirió más facilidades y prerrogativas, llegando, incluso, a la sanción.

La protección al consumidor

El amparo como herramienta para el control constitucional

En Argentina, en España y en varios países de Europa y la región, la herramienta para el control constitucional en el derecho privado fue el amparo. Concretamente, en mi país, el fallo “Samuel Kot”, de 1958, fue el que habilitó, antes de la reforma constitucional, la defensa, mediante el amparo, de la violación de derechos por parte de los particulares. Antes de él, como ocurría en casi todo el mundo procesal jurídico occidental, el amparo era la principal herramienta del particular frente al Estado.

Curiosamente, en esa sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en la que el derecho vulnerado fue la propiedad privada, el derecho a trabajar y la libre actividad, la posición de debilidad fue asignada al empresario, frente a los obreros que le habían tomado la fábrica (Mosset Iturraspe, 1994). No obstante, fue el puntapié inicial y el resorte judicial, hasta el año 1994, para que este instrumento -el amparo- se aplicara ante violaciones constitucionales de los particulares. Luego, la reforma constitucional incorporó, en su artículo 43, la posibilidad del uso del amparo como vía expedita y de control constitucional, para la violación de derechos subjetivos por parte de los particulares (Stiglitz, 1994).

La protección constitucional del consumidor

Así, se dio en el derecho del consumidor un caso paradigmático, una ventana que, en algunos casos, ha resultado una gran carga para las empresas de bienes y servicios. En efecto, como afirmaba más arriba, en la relación de consumo, especialmente cuando se trata de grandes comercios o de empresas de servicios, se hizo patente la intensificación de una gran disparidad, que escapa al principio de igualdad que caracteriza a la formación de la voluntad contractual en el derecho

privado y permite el pleno consentimiento. Esta intensificación de la disparidad, como es obvio, produjo la intensificación de la tutela y la habilitación de la vía constitucional (Mosset Iturraspe, 2010).

En la Argentina, donde rige el principio de control de constitucionalidad difuso, en principio, cualquier juez de primera instancia, sea cual fuere su competencia material puede resolver un proceso de amparo. Esa acción es expedita y rápida, y procede frente a actos, hechos, decisiones u omisiones de particulares o de autoridad pública, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad un derecho constitucional. Asimismo, resulta un proceso breve y de pronto trámite y resolución, frente a aquellos actos u omisiones que impidan gozar un derecho constitucional en su plenitud. Es viable siempre que no exista otro medio judicial más idóneo -más rápido o eficaz- y no se restringiera la libertad física en cuyo caso procede el “habeas corpus” (Quiroga Lavié, 2017).

372

Así, de acuerdo con los principios que emanan de los artículos 18 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, receptados por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, el único parámetro a considerar es la territorialidad. En efecto, la competencia para conocer la acción de amparo corresponde al juez de primera instancia del lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto, observándose en lo pertinente las reglas ordinarias de competencia, salvo en aquellos casos en que se verificare una duda razonable, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción.

Por tanto, el amparo, una herramienta constitucional y extraordinaria se puede transformar en un medio ordinario de interferencia judicial en la empresa, en contra de los principios de derecho privado que fueron acuñados desde Roma para todo el Occidente (Farina, 1997).

Pero, es mayor la complejidad del asunto si se presta atención a que la relación de consumo moderna desdibuja por completo la diferencia entre derecho público y derecho privado, la oposición entre lo contractual, lo extracontractual y lo que es dominio del orden público.

Entran así, en juego, en Argentina y en muchos de nuestros países, principios constitucionales que delimitan los fundamentos de justicia de la relación de consumo; administrativos, que rigen el primer procedimiento de tutela y penales, que castigan al infractor. Es decir, el orden público ingresa en el derecho privado, o en este punto intermedio híbrido y heterogéneo que es el derecho del consumidor, llegando incluso a la protección penal, que va desde las sanciones pecuniarias a todo tipo de sanción penal, como ocurre en España con la publicidad engañosa, la facturación indebida, las estafas a los inversores y otros casos análogos.

La protección penal al consumidor

En la región, como es notorio para los académicos presentes, hemos acuñado un neologismo, *publicización*, que es cada vez más usado para interpretar el fenómeno que vive el derecho privado. Este proceso se ha hecho patente, como venimos tratando, en el derecho del consumidor, donde sus procedimientos se encuentran regidos por principios y reglas propias del derecho constitucional, administrativo y penal. Asimismo, implica la superación de la división tradicional entre lo contractual y extracontractual y la asignación, a la protección de esos derechos fundamentales, a regímenes que no fueron pensados para las relaciones sinalagmáticas.

En el afán de no caer en el llamado *análisis económico del Derecho* y no capitular ante el capitalismo que margina a las poblaciones vulnerables, se ha caído en un cierto *intervencionismo estatal* en el derecho privado que ha llegado al poder administrador y al poder judicial. Así, muchos de nuestros países se dirigen a lo que ocurrió en Europa y varias repúblicas de la región, como Brasil, Chile y Uruguay, donde el régimen de protección del consumidor convive con un subsistema penal de

protección del consumidor. En Argentina, por ejemplo, no existe ya discusión de que se trata de un régimen de orden público, aunque se han suscitado numerosas discusiones en relación a la entidad que debe dársele a las conductas contrarias a la ley del consumidor. Los autores discuten si se trata de delitos o infracciones, aunque pareciera que no existe diferencia sustancial, como sostienen Mayer y Marienhoff, desde el derecho administrativo (Marienhoff, 1980).

En efecto, la discusión no reviste gran interés académico ya que solo es cuantitativa, es decir, relativa a la magnitud de la pena, dado que no se vacila, en la dogmática penal actual en afirmar que comparten los principios del derecho penal referidos a la legalidad, culpabilidad, analogía e interpretación. Ahora bien, dadas las características del procedimiento, como ocurre en el derecho penal económico, algunos principios, como el de culpabilidad deben analizarse con detenimiento.

Concretamente, un problema que se suscita, entonces, es si una vez verificada la existencia de una infracción a la norma que contiene un régimen o estatuto del consumidor se requiere por parte del sujeto activo que haya actuado con dolo o culpa, o si basta la verificación formal de la infracción a fin de establecer el factor de imputación que haga posible la aplicación de la sanción. Por otro lado, también surge la discusión relativa a la posibilidad de que una persona jurídica sea imputable de un delito o una infracción en materia penal.

Ahora bien, tanto la doctrina administrativista, como la práctica judicial nos dicen que debe prescindirse del análisis de la culpa o dolo del agente en estos casos. Solo se necesita cotejar la conciencia del acto o su voluntariedad, pero no en referencia a la infracción. Es decir, lo importante, en la práctica, es que sea un acto decidido por la persona física o jurídica, mediante los mecanismos regulares de toma de decisiones, sin importar, por ejemplo, qué conocimiento se tenía de la norma, de su existencia, o de la afectación concreta al consumidor. El inconveniente, que resulta a mi criterio grave, es que, si no pueden separarse cualitativamente las infracciones, en materia del consumidor, de los delitos tipificados en los códigos

sustantivos, no existe motivo alguno para hacer regir el principio de culpabilidad en cualquier delito cometido por una persona jurídica.

Así, algunos autores, en forma coincidente, sostienen que resulta contradictorio admitir que una persona jurídica puede realizar infracciones administrativas y ser sancionado y negarlo respecto de los delitos, cuando al mismo tiempo se asevera que la distinción entre delito e infracción no es esencial sino simplemente cuantitativa (Righi, 1991). Sea como fuere, retornando al ejemplo de la Argentina, se deduce de su legislación penal económica que se ha consagrado la responsabilidad objetiva en materia de infracciones administrativas y que esa mera contradicción entre el hecho infraccional y la norma basta para la consumación del ilícito.

Ahora bien, la propia dinámica referida en títulos anteriores, relativa a la constitucionalización del derecho privado y a su *publicización*, hacen que el criterio o parámetro de culpabilidad, en los casos de empresas de servicios públicos, telecomunicaciones o prestaciones masivas, desaparezca paulatinamente, lo que trae, según mi criterio, consecuencias incompatibles con la justicia. En definitiva, considero que, si bien los bienes jurídicos resguardados por los regímenes del consumidor son esenciales para nuestras comunidades y el mantenimiento del Estado de derecho, el rango constitucional que ha adquirido la materia -como otros sectores del derecho privado- no los hace jurídicamente superiores a otros bienes jurídicos clásicos, señalados universalmente como esenciales.

Así, la *economía social de mercado*; el *libre mercado*; la *actividad productiva de bienes y servicios* y la *protección de consumidores y usuarios*, que son los bienes jurídicos protegidos en los sistemas de defensa del consumidor; no parecen superiores a los clásicos *vida, libertad y propiedad privada*, por ejemplo. Por otro lado, no suelen respetar los regímenes del consumidor el principio de tipicidad que es, en sí mismo, una garantía del derecho penal, establecida para la protección del imputado. Así, los deberes susceptibles de ser violados, que pueden acarrear una sanción, suelen ser tipos abiertos, como ocurre en Argentina, y relativos a diferentes e innegables

deberes, como el de información, seguridad del consumidor, respeto de la oferta, de las modalidades pactadas, garantías, constancias de reparación, documentos de venta, efectivización de la oferta y trato equitativo.

Además, las infracciones suelen ser de peligro abstracto, es decir, limitarse a describir comportamientos que resultan peligrosos para un bien jurídico protegido, sin que sea necesario que se produzca la lesión a dicho bien o que efectivamente corra una posibilidad de daño concreto. Es decir, en penas que pueden ser significativas como decomisos, multas, clausuras, pérdidas de beneficios impositivos o concesiones o exclusiones de registros de contratación, se puede prescindir, por ejemplo, del tipo y del daño. Por otro lado, no resulta menor la diferencia que existe entre los procedimientos, en materia de derecho del consumidor y en derecho penal. En uno, el objetivo principal es la agilidad, la rapidez probatoria, la vía expedita. En el otro, se protege al imputado con un proceso contradictorio amplio; con inmediación de la prueba por parte del juez y garantías procesales y sustanciales que no tornen en absurdo el proceso.

En uno, el principio esencial es la protección al débil, que sería la víctima en el proceso penal. En el otro, ese principio es la protección al imputado, dado lo delicado que resulta disponer de bienes tan caros al derecho constitucional como la propiedad privada (multas); el libre comercio (clausuras) y la propia libertad ambulatoria. Entonces, la paradoja es que en el sistema penal la protección procesal, de garantías y constitucional es para el imputado. En este nuevo paradigma, en materia, por ejemplo, de derecho del consumidor, la protección es para el consumidor. La persona jurídica o el empresario que resulten imputados, quedan desprotegidos.

Conclusiones

En suma, los planteamientos que generan el arribo de la constitución a la empresa; del orden público al ámbito del *pacta sunt servanda* y de los órganos penales a la vida habitual de las empresas son innumerables y problemáticos.

Es evidente que existe un cambio de paradigma que es producto de la misma realidad. Resulta claro que el mundo hoy no es manejado por actores políticos sino por protagonistas económicos, que muchas veces pueden imponer condiciones de trabajo y de contratación que perjudican a los más necesitados, a los más débiles a los más pobres.

Resulta indudable, asimismo, que ese cambio en la realidad impone cambios legislativos y regímenes de protección que se adapten a las nuevas necesidades.

Sin embargo, el peligro se da, como decía Aristóteles, en la falta de mesotes, en lo desmedido por defecto o por exceso, en la ausencia de término medio (Aristóteles, 2016); en la pendulación, por ejemplo, del liberalismo extremo al intervencionismo total; del *pacta sunt servanda* inmoral del Código Francés del mil ochocientos al contrato intervenido; del derecho penal mínimo al derecho penal excesivo.

Así, entiendo que los sistemas de protección del consumidor, por ejemplo; o los estatutos que protegen a los ciudadanos contra los monopolios establecidos o las compañías abusivas, deben ceñirse a su origen administrativo, que es expedito y no invasivo.

Por otro lado, estimo que la llamada justicia constitucional puede ser o una gran herramienta o una nueva fuente de abusos. La excesiva operatividad de las declaraciones de derechos y garantías de las constituciones puede atentar contra los principios fundantes de nuestro derecho privado y de nuestro derecho público.

En efecto, no parece posible un sano desarrollo de la industria y el comercio cuando la injerencia estatal, ya sea por medio de sus órganos ejecutivos, legislativos y judiciales resulta extrema.

Especialmente, cuando son los jueces, llamados a evaluar los casos concretos, quienes crean una especie de legislación que no contempla ni la situación particular, ni la magnitud del conflicto.

Asimismo, estoy convencido de que somos llamados, desde los sectores universitarios a crear ámbitos de control que no sean necesariamente estatales, sino que provengan de asociaciones intermedias especializadas y reconocidas; autárquicas y capacitadas.

Ello es así porque cuando el control, el límite, viene del mismo Estado y arriba con el peso de la Constitución y de la ley penal, existe la posibilidad de que ese gobernante sea responsable de nuevos abusos, en forma de corrupción y exceso de poder. Similares a los que movieron a los grandes hombres del derecho a buscar la protección constitucional.

Referencias

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- Aftalión, E. (1955). *Derecho penal administrativo*. Bs. As.: Arayú.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Aristóteles. (2016). *Ética Nicomaquea*. México: Ed. Porrúa.
- Balcarce, F. (2003). *Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo I*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Balcarce, F. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*. Córdoba: Lerner.
- Bauman, Z. (2011). *Vida de consumo*. Bs. As.: Fondo de Cultura Económica.
- Boquin, G. y Rodríguez, G. (2017). *La defensa del consumidor*. Bs. As.: Ed. D y D.
- Carbonell, M. (2003). *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. Madrid: Neoconstitucionalismos.
- Chaumet, M. (2005). *El Estado Constitucional y el Derecho Privado*. Bs. As.: La Ley.
- Duguit, L. & Monnier, H. (1898). *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. (en francés). París: F. Pichon.
- Farina, J. (1997). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Astea.
- Gil Domínguez, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar.
- Hart, H. (2011). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Jacobs, G. (1997). *Estudios de derecho penal*. Madrid: Ed. UAM-Civitas.
- Jaeger, W. (1953). *Alabanza de la ley*. Madrid: I. E. P.
- Jiménez de Asúa, L. (1992). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Bs. As.: Ed. Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1992). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Bs. As.: Ed. Losada.
- Juan Pablo II. (2015). *En el centenario de la Rerum Novarum. Centesimus Annus*. Madrid: B.A.C.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Lorenzo De Viega Jaime, S. (1996). *Sanciones administrativas*. Montevideo: Faira Editor.
- Marienhoff, M. (1980). *Tratado de derecho administrativo*. Bs. As.: Abeledo-Perrot.
- Mosset Iturraspe. (1994). J. y Lorenzetti, R. *Defensa del consumidor*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe. (2010). *Ley de Defensa del Consumidor*. Bs. As.: Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R. (1993). *Defensa del consumidor. Ley 24.240*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- Orenzo de Viega, J. (1996). *Sanciones administrativas*. Montevideo: Faira Editor.
- Quiroga Lavie, H. (2017). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Bs. As.: Ed. Zavalía.
- Radbruch, G. (1959). *Filosofía del derecho*. Madrid: R. de Derecho Privado.
- Righi, E. (1991). *Derecho penal económico comparado*. Madrid: E.D.R.
- Romera, O. (1999). *Protección penal del consumidor*. Bs. As.: Ediciones Depalma.
- Ronco, M. (2006). *Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsioni, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*. Torino: Zanichelli Editore.
- Roxin, C. (2002). *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Bs. As.: Ed. Hammurabi. José Luis Depalma.
- Soler, S. (1999). *Derecho Penal Argentino*. Bs. As.: Tipográfica.
- Sorj, B. (2008). *Capitalismo, Consumo y Democracia. Procesos de Mercantilización/ Desmercantilización en América Latina*. Santiago de Chile: CEPLAN.
- Stiglitz, G. (1994). *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Bs. As.: La Rocca.
- Stiglitz, G. y R. (1994). *Derecho y defensa de los consumidores*. Bs. As.: La Rocca.
- Tambussi, C. (1999). *Derechos Humanos*. Bs. As.: Ed. Gordillo.
- Von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en el derecho penal*. México: Ed. U.A.M.

LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA EN LAS DÉCADAS DE LOS 70 Y 80: EL ABORDAJE JURÍDICO EN LA SALIDA DEMOCRÁTICA

383

CLAUDIO JESÚS SANTAGATI¹

Resumen

El presente trabajo analiza las diferentes articulaciones y consecuencias de las interrupciones a los procesos democráticos ocurridos en la Argentina y la implementación de dictaduras militares en este país. A partir de dichos acontecimientos históricos, en los que se afectan componentes claves sobre los

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor titular en Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad del Salvador y UNLZ. Defensor General Adjunto de Lomas de Zamora. Buenos Aires, Argentina .

que se sustenta el funcionamiento y la organización de todo Estado constitucional de derecho, (las institucionalidades públicas y la juricidad), es necesario describir el proceso de pacificación nacional y la búsqueda de justicia a las violaciones de derechos humano ocurridos en dichos periodos.

Todo ello en el marco de un proceso histórico-acumulativo de degradación y deterioro donde surge la legitimación desde los poderes estatales de prácticas violatorias de la Constitución, de los ordenamientos internos y de la jurisdicción internacional. Determinado por un contexto mundial de un mundo bipolar y de confrontación abierta o encubierta entre los dos ejes políticos económicos de este momento histórico (capitalismo vs comunismo), cuyas consecuencias más inmediatas fueron degradación institucional y la afectación de los procesos políticos en América Latina y el que la mayoría de los países integrantes de dicha región sufrieran idénticos proceso cuyas consecuencias aún hoy se debaten en nuestras sociedades en busca de justicia.

Palabras claves: derechos humanos, institucionalidad, terrorismo de estado, justicia, reparación.

Introducción

El contexto: el mundo bipolar y la Doctrina de la Seguridad Nacional

A comienzo de la década de 1960, en un proceso que forma parte de la Guerra Fría, las relaciones entre Estados Unidos y la Unión Soviética se deterioraron. La situación económica era poco favorable para los países de América y el fantasma

del comunismo en la región, ya no era un fantasma, sino que era una realidad en Cuba. Ante esta realidad, el Presidente de Estados Unidos, John Kennedy promueve la “Alianza para el Progreso” y paralelamente la OEA convoca a la 8ª Reunión de Consulta del TIAR, Esta reunión se llevó a cabo en Punta del Este (Uruguay) del 22 al 31 de enero de 1962. Allí se definió la situación que se vivía en América Latina.

Evidentemente el modelo cubano implicaba el temor del ascenso del comunismo en la región. El Secretario de Defensa de Estados Unidos, Robert Mc Namara, fue quien se encargó de explicar que existía una relación directa entre los estallidos de violencia y la realidad económica de los países del área. Sostuvo Mc Namara que:

El rol que debe desempeñar Estados Unidos, debe circunscribirse a ayudar a proveer seguridad a aquellas naciones en desarrollo que genuinamente necesiten y piden nuestra ayuda, y que ostensiblemente quieren y son capaces de ayudarse a sí mismos (...). En una sociedad que se está modernizando, seguridad significa desarrollo (...), y sin desarrollo no puede haber seguridad.

Seguridad y desarrollo, estas dos fórmulas que, en los años de confusas y profundas transformaciones políticas, no iban a ser tratados por igual debido a que cada vez que una emergencia imponía optar por ellas, siempre se prefería lo más urgente “*la seguridad*”, en desmedro de la otra de más largo plazo, el desarrollo económico. Luego del asesinato de Kennedy, y bajo la égida de su sucesor Lyndon Johnson, la primacía de la seguridad quedó consagrada obviando la preferencia por la democracia representativa. El ejemplo que claramente demuestra esto es el golpe militar de 1964 en Brasil que derrocó al presidente brasileño Joao Goulart. Este golpe fue pergeñado en íntimo contacto con la representación norteamericana en ese país, que se comprometió a dar ayuda militar directa en caso de ser necesario. Los críticos del golpe en Brasil denunciaban esta política de Estados Unidos, pero no se percataban de lo esencial de esta nueva situación: la introducción de la Doctrina de la Seguridad Nacional en Brasil).

La Doctrina de Seguridad Nacional, en consecuencia, era la versión militarizada de “la seguridad y el desarrollo” y hacía a los ejércitos de los diferentes países protagonistas de la vida nacional, al ponerlos al servicio de una acción militante en el conflicto mundial (capitalismo versus comunismo). Cabe aclarar que no solo los ejércitos norteamericanos y latinoamericanos fueron los ejecutores de la Doctrina de la Seguridad Nacional, antes Francia que enfrentó los movimientos nacionales de Indochina y Argelia, lo hizo con metodologías desconocidas hasta ese momento establecidas en esta doctrina, tratando incluso de darle una orientación moral a las nuevas tareas que la misma imponía.

La experiencia Argentina

En uno de esos discursos, dijo el jefe del ejército argentino, Eugenio Onganía:

Las instituciones armadas tienen como misión, en el orden interno, la preservación de la paz interior, el mantenimiento de las instituciones republicanas y el sostén de la Constitución. Está claro entonces, que tal deber de obediencia habrá dejado de tener vigencia absoluta si se produce, al amparo de ideologías exóticas, un desborde de autoridad que signifique la conculcación de los principios básicos del sistema republicano de gobierno, o un violento tras tocamiento en el equilibrio o independencia de los poderes.

En circunstancias de esta índole, las Fuerzas Armadas no podrían, ciertamente, mantenerse impasibles so color de una ciega sumisión al poder establecido que los convertiría en instrumentos de esa autoridad no legítima. El pueblo resolverá en tales circunstancias el derecho de resistencia a la opresión, claramente señalado en la declaración de independencia de Estados Unidos.

En base a ésta ridícula lógica, el presidente argentino Arturo Illia, sufrió un golpe de Estado militar, fue expulsado de la Casa de Gobierno en 1966 y Onganía

inició la llamada “Revolución Argentina” y la aplicación sistemática de la Doctrina de la Seguridad Nacional en nuestro país, al igual que en 1964 se producía en Brasil.

El proceso de reorganización nacional

No se trataba ya, como en 1966, solamente de cortar el camino al avance de fuerzas políticas de ideologías exóticas, contrarias a los valores del mundo “occidental y cristiano”, que estaban contaminando América Latina en general y a Argentina en particular, tampoco se podía volver a repetir el fracaso catastrófico que los militares habían tenido en el anterior gobierno de facto, para ello había que profundizar el accionar de las Fuerzas Armadas poniendo en práctica un mesianismo militar a su máxima expresión, porque era necesario salvar la Nación y para ello se debía aniquilar la guerrilla, pues la experiencia del gobierno civil servía de estímulo a los grupos subversivos y, un Estado de derecho, era una traba para la realización de semejante tarea. Esta lógica infame trajo como consecuencia que la violación de los “Derechos Humanos” fuera la regla. La acción de hombres y mujeres que se organizaron para oponerse a los abusos del poder público, hicieron que no quedaran ocultos los delitos cometidos por las Juntas Militares que gobernaron durante esta época nuestro país.

El golpe

A las 10:30 horas del 24 de marzo de 1976, asumió el gobierno en la Argentina la Junta Militar compuesta por el Teniente General Jorge Rafael Videla, el Almirante Emilio Eduardo Massera y el Brigadier Orlando Ramón Agosti. La Junta, como máximo organismo de gobierno era la encargada de nombrar al presidente. Videla fue elegido para tal función y juró el 29 de marzo. Retuvo también el cargo de Comandante en Jefe del Ejército. Todos los mandatos políticos fueron anulados

y personal de las tres fuerzas se hicieron cargo de los gobiernos provinciales y municipales, al tiempo que se producían arrestos masivos de ministros, legisladores y funcionarios, con especial énfasis en los sectores juveniles de la militancia política, social, gremial y religiosa. Gobernadores y demás funcionarios del peronismo fueron detenidos en cárceles e instalaciones habilitadas a tal fin. El gobierno suspendió las actividades de los partidos políticos, suspendió el derecho a huelga, las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y profesionales.

Los cargos se repartieron entre las tres fuerzas, ocupando el 33% de los mismos cada una de las Armas. Se creó la Comisión de Asesoramiento Legislativo CAL, que funcionó en el propio edificio del congreso. La Constitución quedó por debajo de las actas, es decir, subordinada a los fines y objetivos del proceso. El presidente tenía atribuciones ejecutivas y legislativas junto a la discrecionalidad suficiente para nombrar funcionarios en la nación y las provincias. En declaraciones de Videla al diario O Globo del Brasil dijo “Es preciso comprender que la etapa militar es apenas uno de los aspectos de la lucha; actuamos también en los campos económico, social y cultural, porque estamos convencidos de que el combate contra la subversión es ante todo político y por lo tanto exige un tratamiento global” (Se estaba pergeñando lo que posteriormente a fines de los años 90 se conocería como Plan Cóndor). La adjudicación del Ministerio de Economía fue para un representante de la ortodoxia liberal el doctor Martínez de Hoz.

Había que erradicar la subversión de todas partes, por eso no se permitió ningún tipo de cuestionamiento en las escuelas, en las fábricas y en la misma familia, además terminar con la política populista de los peronistas y con la oposición complaciente de radicales e izquierda parlamentaria. El sector industrial también debía ser disciplinado, tanto los obreros como los empresarios ineficientes. La represión fue total, no solo contra los grupos de resistencia armada urbana, rural y contra los militantes políticos, sino a todo aquel que de alguna manera manifestara una protesta social o alguna independencia de criterio que en definitiva puede

tener cualquier persona, cuando por ejemplo, reacciona al ver un acto injusto, una falta de respeto o hace una alusión a la injusticia social, a la pobreza, o realiza un acto solidario, por cualquier causa una persona podía ser acusada de difundir actos subversivos.

Dice Ernesto Sábato en el prólogo del *Nunca más*, refiriéndose a lo sucedido en nuestro país “a los delitos de los terroristas, las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque desde el 24 de marzo de 1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando asesinando a miles de seres humanos”.

Es la implantación del “Terrorismo de Estado”, el Estado como generador del terror con la excusa de combatir el terror (sic). El Estado que, como organización política de la sociedad debe ser garante de la vida y de los bienes de las personas, es quien con su accionar viola los derechos fundamentales produciendo una contradicción ética esencial dado que contradice o traiciona su fin jurídico, o sea su para qué.

La vuelta a la democracia

Como consecuencia del nuevo contexto internacional y de la influencia del gobierno demócrata de los Estados Unidos encabezado por Jimmy Carter, la derrota del régimen militar en la guerra de Malvinas en el año 1982, la creciente presión internacional surgida por el conocimiento en el extranjero de las masivas violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país, circunstancia esta en la que los organismos de derechos humanos jugaron un papel fundamental, el gobierno militar encabezado por el General Reynaldo Bignone se ve obligado a convocar a elecciones nacionales para octubre del año 1983 y dictó la ley de autoamnistía para los crímenes cometidos durante el Proceso de Reorganización Nacional, Decreto-ley n° 22.924 dictada el 23 de marzo de 1983.

El resultado de dicha elección dió como vencedor a la fórmula integrada por Raúl Ricardo Alfonsín acompañado en la misma por Víctor Martínez por el 51,75% de los votos derrotando a la fórmula del partido del FREJULI por el 40,16% de los votos integrada por Ítalo Luder y Leopoldo Bittel.

El 10 de diciembre de 1983 asume la fórmula ganadora Alfonsín-Martínez tomando como primera medida el dictado de los decretos 157/83 y 158/83 los cuales ordenaban, el 157 el enjuiciamiento de los más altos dirigentes de los grupos guerrilleros ERP (Ejército Revolucionarios del Pueblo) y Montoneros, y el 158 ordenaba enjuiciar a las juntas militares que habían gobernado el país desde el 24 de marzo de 1976 hasta la fecha poniendo con dichas resoluciones un límite temporal a las investigaciones. Dicho enjuiciamiento debía llevarse a cabo por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas puesto que la normativa vigente así lo requería.

390 | Ante la evidente demora e ineficiencia de dicho Consejo se vio necesario la expedición de la Ley 23.049 de fecha 13 de febrero de 1984 en la que se llevó a cabo la reforma del Código de Justicia Militar limitando así a esta justicia solo los delitos de carácter militar pasando los delitos comunes a la órbita civil, advirtiendo a la justicia militar la posibilidad de la intervención de la Cámara Federal ante el retardo en la resolución de las cuestiones de conocimiento. Dicha situación se plasmó en fecha 4 de octubre de 1984 cuando dicho órgano judicial comenzó a intervenir en forma directa.

Comenzó con estas medidas lo que se conoció como “el Juicio de las Juntas Militares” extendiéndose hasta el momento de la materialización del juicio en el año 1985. Cumpliendo un aporte insoslayable en esta cuestión la información obtenida por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). La Comisión fue instituida una vez recobrada la democracia en la Argentina, por el entonces Presidente Constitucional Raúl Ricardo Alfonsín. El Decreto 187 del 15 de diciembre de 1983 tuvo como objetivo intervenir activamente en el esclarecimiento

de los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridas en el país. Se recibieron denuncias y pruebas que sirvieron para las acciones judiciales que posteriormente se llevaron y se llevan a cabo todavía en Argentina y en otras partes del mundo. Se hicieron 8970 denuncias en la CONADEP.

La misión encomendada no implicó la determinación de responsabilidades. Como dijimos anteriormente, la justicia, receptora del material reunido por la Comisión en sus investigaciones y procedimientos, sería la encargada de deslindar responsabilidades y decidir sobre los culpables. El informe de la comisión tiene un valor fundamental para los posteriores juicios que se harían, como el juicio a las Juntas Militares, pues no había antecedentes de una entidad similar en el país, fue impreso y es público el libro que lo contiene y que se llama *Nunca más* (se recomienda su lectura).

Los juicios a las juntas militares y sus consecuencias

El juicio se extendió desde 4 de octubre de 1984 hasta el día 9 de diciembre de 1985 llegándose a una sentencia ejemplificadora que condenó a Jorge Rafael Videla y a Emilio Eduardo Massera a la pena de reclusión perpetua, a Roberto Eduardo Viola a 17 años de prisión, a Armando Lambruschini a la pena de 8 años de prisión, a Orlando Ramón Agosti a la pena de 4 años. Leopoldo Fortunato Galtieri fue absuelto por no poder comprobar ninguno de los crímenes imputados. Asimismo, como a nivel nacional lo realizara la Cámara Nacional Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en las distintas provincias se llevaron a cabo investigaciones y juzgamientos de los responsables de la represión ilegal en los distintos teatros de operaciones provinciales.

Las investigaciones realizadas, los testimonios aberrantes que se conocieron públicamente y las sentencias obtenidas crearon un clima de inestabilidad y

descontento dentro de las Fuerzas Armadas, quienes interpretaban haber triunfado en “la guerra contra la subversión” y que ahora “se encontraban sometidas a un revanchismo por parte de los vencidos”. Esta situación llevó al levantamiento militar conocido como Alzamiento Carapintada encabezado por el Mayor Aldo Rico, que consistió en el autoacuartelamiento de militares en varias guarniciones a lo largo del país, quienes exigían el cese de las investigaciones y de las sanciones aplicadas, así como una amplia amnistía. Interpretándose por algunos sectores civiles como un intento de imposición del poder militar nuevamente sobre el poder civil, estas acciones motivaron la movilización popular en defensa del gobierno democrático, que, en definitiva, y argumentando la preservación de la vigencia de los derechos humanos hacia el futuro, dictó la Ley de punto final n° 23.492 con un alto costo político asumido.

Es preciso hacer notar que, respecto a los responsables de los grupos insurgentes, no se ha realizado un juicio conjunto debido a que los más altos dirigentes de los grupos guerrilleros se encontraban prófugos, caso emblemático de condena fue el de Mario Firmerich quien durante el gobierno de Raúl Alfonsín fue extraditado de Brasil, juzgado y condenado a la pena de 20 años de prisión por homicidio y secuestros, dicha sentencia fue similar para Francisco Vaca Narvaja, Gorliarán Merlo y Roberto Perdía.

Ley de Punto final n° 23.492

Promulgada el 24 de diciembre de 1986, la cual estableció la extinción de toda acción penal contra toda persona que hubiera cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983, siempre y cuando no hubieran sido citadas a prestar declaración indagatoria en el plazo perentorio de 60 días a contar desde la fecha de promulgación de la ley. Solo quedaban fuera de la aplicación de dicha ley los casos de secuestros de

recién nacidos (hijos de prisioneros políticos destinados a desaparecer y que eran adoptados en la mayoría de los casos por familias de militares).

Ley de Obediencia debida n° 23.521

La ley de punto final, si bien puso una limitación de carácter temporal al juzgamiento de los militares involucrados, provocó un llamado masivo a prestar declaración indagatoria de los militares aun no procesados, a fin de evitar el vencimiento perentorio de 60 días fijado por la ley 23.492. En el contexto de lo manifestado precedentemente y ante la negativa de los oficiales citados a presentarse a brindar declaración indagatoria, Alfonsín se vio obligado a dictar una ley que, con carácter restrictivo, limitara la cantidad de procesos iniciados masivamente. Por ello que el 4 de junio de 1987 se dicta la ley de Obediencia debida, la cual presumía de *iure et de iure* que todo personal subalterno de las fuerzas armadas de seguridad policial y penitenciaria obró en estado de coerción bajo subordinación de la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Los indultos

Más allá y sin perjuicio de las limitaciones establecidas por las leyes referenciadas precedentemente, las detenciones llegaron a 280 personas entre militares y civiles involucrados.

Ante las circunstancias políticas de la asunción del Presidente Carlos Saúl Menem y enmarcado en un mensaje de “pacificación” y de “perdón”, se llevó a que dictara el Decreto n° 1004 por el cual se indultó; tanto a militares como a guerrilleros, dictado el 7 de octubre de 1989, el decreto de indulto benefició a 216 militares y a 64 civiles. El 29 de diciembre de 1990, Menem firmó el segundo

decreto de indulto, que perdonó a los excomandantes Jorge Rafael Videla, Eduardo Emilio Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini. También incluyó a otros militares como a Ramón Camps, Ovidio Pablo Ricchieri y Carlos Suárez Mason. Este decreto anuló las condenas que las Juntas Militares habían recibido en las causas judiciales de 1985. Además, el indulto absolvió al exlíder de los Montoneros, Mario Eduardo Firmenich, entre otros guerrilleros. Dando indulto a ambos lados de la “guerra,” Menem reforzó la teoría de los dos demonios, acentuando la idea de que las acciones de los guerrilleros fueron las que contribuyeron a la violencia de Estado.

La nulidad de la leyes de amnistía y el fallo de la Corte Suprema de Justicia “Simón Julio”

394

La combinación de las leyes de limitación de penalizar los delitos cometidos durante la dictadura, sumadas a los indultos otorgados, sumergió a la Argentina en un clima de impunidad y de injusticia que impregnó todos los aspectos de la vida social y política. Es por ello que, luego del transcurso del tiempo y la lucha incesante de los organismos de Derechos Humanos, el Congreso, en el año 2003 dictó la Ley 25.779 del 21 de agosto de 2003 por la cual se sancionó la nulidad de las normas de amnistía.

El primer fundamento utilizado para decretar la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final fue el carácter de imprescriptibles de los delitos cometidos en el marco del “Proceso de Reorganización Nacional” otorgándoles estatus de *delitos de lesa humanidad*.

S.C., S. 1767, Causa N° 17.768, L. XXXVIII, Simón Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad.

Las consecuencias y efectos jurídicos logrados con la sentencia explicadora del fallo de referencia nos sitúa en la actualidad, iniciándose incluso 30 años después del golpe militar procesos y juzgamientos a militares involucrados en la imputación de autoría de los *delitos de lesa humanidad* durante el gobierno militar pero debiendo extenderse a nuestro criterio a la investigación antes de este período a los responsables del accionar de la organización conocida como la Triple A (Alianza Anticomunista Argentina) lo que implicaría revisar el terrorismo de Estado en el período democrático anterior al golpe de 1976.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 14 de junio de 2005, que las leyes de Punto final y Obediencia debida -leyes 23.492 y 23.521- eran inválidas e inconstitucionales. A su vez se pronunció sobre la validez de la Ley 25.7791, dictaminada por el Congreso de la Nación en 2003, que ya había declarado la nulidad de estas leyes. Lo hizo en una causa en la que intervienen el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y las Abuelas de Plaza de Mayo. En 1998, las Abuelas iniciaron un proceso judicial por la apropiación de la menor Claudia Victoria Poblete. Con el acuerdo de ellas, en el año 2000, el CELS presentó una querrela criminal contra los responsables de la desaparición forzada de José Liborio Poblete y Gertrudis Hlaczik, padres de Claudia.

Breve historia del caso

José Poblete y Gertrudis Hlaczik de Poblete fueron secuestrados el 28 de noviembre de 1978, junto a su hija Claudia Victoria, por un grupo que declaró pertenecer a las “Fuerzas Conjuntas”. José era de nacionalidad chilena, había sido víctima de un accidente automovilístico, por lo cual le habían amputado las dos piernas. Sobre su detención solo se sabe que ocurrió en horas de la tarde. Gertrudis era estudiante de psicología y fue secuestrada en su domicilio junto con Claudia, de ocho meses y tres días de edad. Por testimonios de sobrevivientes, se supo que los tres integrantes de la familia

estuvieron recluidos en el centro clandestino El Olimpo -División Mantenimiento Automotores de la PFA-. Este centro funcionó, desde agosto de 1978 a febrero de 1979, en la Jefatura del Área V, una de las siete áreas en que fue dividida la Ciudad de Buenos Aires a los efectos de la represión por el terrorismo de Estado.

La causa judicial se encontraba en curso a raíz de que, en el año 1998, la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo había iniciado un juicio penal contra los apropiadores de Claudia Victoria Poblete, quienes la criaron como hija biológica y ocultaron su verdadera identidad. En el marco de esta causa fueron condenados Ceferino Landa y su esposa. En el año 2000, el CELS presentó una querrela criminal contra los responsables del secuestro, desaparición forzada y torturas de los que fueron víctimas José Poblete y Gertrudis Hlaczik, padres de Claudia. En el pedido se afirmó que las leyes de Punto final y de Obediencia debida no debían ser aplicadas al caso y que debían ser declaradas nulas por contradecir disposiciones constitucionales y normas internacionales de protección de los derechos humanos.

Este caso resulta paradigmático ya que, aun cuando la sustracción de Claudia Victoria es irrevocable del secuestro de su madre, la Ley de Obediencia debida establece una presunción, sin admitir prueba en contrario, que solo permite investigar y sancionar penalmente a los autores del secuestro de la menor y no así por la desaparición de los padres, ocurridas en el mismo momento y por los mismos autores.

Las leyes de punto final y obediencia debida

La ley 23.492 (Punto final) y la ley 23.521 (Obediencia debida) establecen la impunidad (extinción de la acción penal y no punibilidad) de los delitos cometidos en el marco de la represión sistemática. Estas normas se oponen a principios jurídicos reconocidos universalmente y trastocan gravemente al sistema de valores en el que se

apoya nuestro sistema jurídico. La contradicción de esas leyes con dicha normativa ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a declarar su inconstitucionalidad. La ley de Punto final estaba dirigida a concluir con las investigaciones por los crímenes ocurridos durante el terrorismo de Estado y a lograr la impunidad de quienes no fueron citados en el plazo que el texto legal estipulaba (60 días).

La ley de Obediencia debida, por su lado, impuso a los jueces que investigaban los hechos cometidos en el marco de la represión ilegal, una realidad según la cual los imputados habían actuado bajo coerción, en virtud de órdenes superiores de las que no tuvieron posibilidad de inspección, oposición ni resistencia en cuanto a su oportunidad ni legitimidad. Esa realidad se estableció más allá de las pruebas producidas o las que pudieran producirse en el futuro.

La resolución del juez Cavallo

El 6 de marzo de 2001 el juez federal Cavallo dictó una resolución de trascendencia histórica en la que declaró que ambas leyes eran contrarias a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos vigentes al momento de su sanción y decretó, consecuentemente, su invalidez, inconstitucionalidad y nulidad. La decisión mencionada tuvo un importante efecto político y una enorme repercusión tanto en Argentina como en el exterior. Sus efectos jurídicos también fueron extremadamente valiosos: por primera vez, desde el año 1987, se podía volver a indagar a los responsables del terrorismo de Estado y procesarlos por delitos como la desaparición forzada de personas o la tortura.

La resolución de la Sala II de la Cámara Federal

El 9 de noviembre del mismo año, la Sala II de la Cámara Federal confirmó por unanimidad la resolución dictada por el juez Gabriel Cavallo. Luego de una extensa y fundada resolución, el tribunal concluyó que “en el contexto actual de nuestro derecho interno la invalidación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no constituye una alternativa. Es una obligación”.

El dictamen del procurador Becerra

Debido a que la resolución de la Cámara fue apelada ante la Corte, debió cumplirse con un requisito previo que establece este tribunal: el dictamen, no vinculante, del Procurador General de la Nación. Así, el 29 de agosto de 2002, Nicolás Becerra, se pronunció en el mismo sentido que lo había hecho el Juez Cavallo y la Cámara Federal en el año 2001 y declaró inconstitucionales las denominadas “leyes de impunidad”.

El dictamen instó a la Corte a profundizar la democracia sobre la base de la verdad y la justicia. En este sentido el Procurador manifestó:

La reconstrucción del Estado Nacional, que hoy se reclama, debe partir necesariamente de la búsqueda de la verdad, de la persecución del valor justicia y de brindar una respuesta institucional seria a aquellos que han sufrido el avasallamiento de sus derechos a través de una práctica estatal perversa y reclaman una decisión imparcial que reconozca que su dignidad ha sido violada.

El dictamen del Procurador Righi

El 5 de mayo del 2004 el Procurador General de la Nación, Esteban Righi, confirmó el pronunciamiento de su antecesor en el cargo, Nicolás Becerra, quien dictaminó que las leyes de Punto final y de Obediencia debida contrarían el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

El fallo de la Corte Suprema de la Nación

La particularidad que ha adoptado la Corte Suprema en su nueva composición, es que los jueces eligen expedirse según su propio voto. De esta forma, sin perjuicio de que exista una mayoría que coincida en la decisión final, es muy difícil lograr criterios unívocos que definan una tendencia uniforme del tribunal. En este sentido nos hemos propuesto identificar los temas centrales de debate, sin perjuicio de considerar la opinión de los jueces según cada voto.

Derecho Internacional de los derechos humanos

El sistema internacional de protección de los derechos humanos está constituido por un doble orden normativo: por un lado, los tratados internacionales (derecho internacional de protección de los derechos humanos) y por el otro la costumbre internacional (sistema imperativo) que considera inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y exige que tales hechos sean castigados. El derecho de gentes, de reconocido efecto imperativo (*ius cogens*), reivindica postulados básicos que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y lo trascienden, pues no se limitan a las relaciones entre las naciones, sino que desarrolla principios fundamentales sobre los cuales deben

desenvolverse las relaciones internacionales. Esta tradición jurídica encuentra acogida en el actual artículo 118 de la CN.

Asimismo, a partir de la reforma constitucional del 94, la intención de universalizar los derechos humanos quedó plasmada en el artículo 75 inc. 22, que otorga, en forma expresa, jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

Al sancionar las leyes de Punto final y Obediencia debida, el Estado argentino incumplió su obligación internacional de investigar y sancionar penalmente las violaciones a los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad. Ante ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con la doctrina establecida en el fallo “Velásquez Rodríguez” y en el caso “Barrios Altos”, reconoció el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras de forma tal de asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, la Comisión Interamericana en el informe 28/92 consideró que las leyes 23.492 y 23.521 resultaban violatorias del derecho a la protección judicial y a un proceso justo, en la medida en que de ellas derivó la paralización y consiguiente impunidad de la investigación judicial. En consecuencia, la Comisión recomendó al gobierno argentino la adopción de todas aquellas medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar. Es en este contexto en que el máximo tribunal resolvió que las leyes de Punto final y Obediencia debida eran inconstitucionales.

Los crímenes de lesa humanidad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó la noción de “delitos de lesa humanidad” y estableció que estos ilícitos “contienen elementos comunes de los

diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como “crímenes contra la humanidad” porque: 1- afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado”.

El precedente “Barrios Altos” y el caso argentino

La Corte Interamericana, en el caso “Barrios Altos”, consideró responsable internacionalmente a Perú, por el dictado de dos leyes de amnistía. Señaló expresamente que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”. De esta forma consideró que esas leyes carecían de efectos jurídicos y no podían seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos ni para la identificación y el castigo de los responsables.

Del mismo modo, se expidió el voto de la mayoría en el presente caso, al señalar que “las leyes de Punto final y de Obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “autoamnistía”. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos. (...), también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos”.

Por su parte los doctores Antonio Boggiano y Ricardo Lorenzetti advirtieron que tales limitaciones ya se encontraban aceptadas por la *communis opinio*, de carácter imperativo, que considera que los delitos de lesa humanidad no pueden ser amnistiados.

Voto en disidencia del ministro Carlos Fayt

El doctor Carlos Fayt disiente con el voto de la mayoría, ya que considera inadmisibles extrapolar las conclusiones de la Corte Interamericana en el caso peruano, porque los argumentos allí expuestos no se aplican a la situación argentina. En principio, advierte que las leyes de OD y PF, a diferencia de las leyes peruanas, tuvieron sustento democrático ya que fueron sancionadas en el marco de un Estado de derecho. Además, las leyes argentinas no supusieron un estado de impunidad absoluto, en tanto no impidieron la persecución penal contra aquellos a quienes las normas no alcanzaban. Finalmente, tampoco se impidió a las víctimas conocer la verdad de los hechos. Es por ello que ambas realidades, la argentina y la peruana, no son directamente equiparables.

Las leyes de Obediencia debida y Punto final frente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana impone a los Estados parte la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos, lo que presupone revisar la legislación vigente y adecuarla a los compromisos asumidos. El Estado no puede, entonces, dictar leyes contrarias al sistema de protección regional de los derechos humanos y si lo hiciera, incurriría en responsabilidad internacional. Esta obligación de respeto y garantía alcanza a todo el Estado argentino: ya sea al poder ejecutivo, al poder legislativo y al poder judicial.

En tal sentido el voto de la mayoría señaló que:

Si bien es cierto que el artículo 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre civiles y militares. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)”.

Principio de legalidad y retroactividad

403

El principio de legalidad, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, impide que el Estado avance más allá de lo que la ley permite. En efecto, toda sanción penal debe estar previamente tipificada y debe ejecutarse en la forma prescrita por la ley, la que debe ser anterior al hecho que motiva la condena impuesta.

Al momento de la comisión de los hechos investigados en el caso, ya existía una norma de orden público internacional que condenaba la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. La ratificación, en años recientes, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país, solo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad para esa práctica estatal. Lo mismo ha sucedido con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad.

El voto de la mayoría acompaña este argumento, a partir de cual se confirma que no existe una violación del principio fundamental *nulla poena sine lege*, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento jurídico y fueron reconocibles y previsibles por cualquier ciudadano común. Los ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay, van más allá, y advierten que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, y que el derecho internacional incorporó un atributo adicional -la condición de lesa humanidad- con las consecuencias que de ello se derivan. Y Antonio Boggiano agrega que el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

En síntesis, la Corte entendió que no existe violación a los principios de irretroactividad y de legalidad, dado que, tanto el reproche internacional de los delitos cometidos, como el carácter de *ius cogens* de esos principios, con vigencia anterior a los hechos imputados, obligan al Estado a investigar y sancionar a los responsables.

Principio de legalidad e imprescriptibilidad

En este mismo orden de ideas, no es posible afirmar que el artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece el principio de legalidad, consagre una solución distinta respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan, sino que se complementan, ya que el principio de imprescriptibilidad incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad.

Las normas de *ius cogens* son la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la

humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países, independientemente de su eventual aceptación expresa, puesto que se trata de conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

La Corte Suprema retoma los argumentos vertidos en el caso “Arancibia Clavel” sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y sostiene: “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas] y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar”. Todo ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aun cuando no existía al momento de los hechos, su incorporación se limita a cristalizar principios de *ius cogens* ya vigentes en el derecho internacional público consuetudinario.

Los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Eugenio Zaffaroni acompañan este argumento, y entienden que no se está aplicando en forma retroactiva la normativa internacional ya que, al momento de su comisión, los hechos investigados eran considerados por la costumbre internacional crímenes de lesa humanidad, y por lo tanto resulta imposible exonerar a tales delitos de juzgamiento y declarar su prescripción.

Si bien la costumbre internacional vigente no cumple estrictamente con el requisito de ley escrita, no hay aplicación retroactiva de una norma penal más severa. De esta forma el principio de legalidad resulta morigerado, pero no desplazado.

Por otro lado, Juan Carlos Maqueda y Antonio Boggiano avanzan hacia una restricción más intensa del principio de legalidad, apoyándose en sólidos antecedentes de derecho internacional, pues entienden que de todos modos la imprescriptibilidad se aplica sin importar el momento en que los hechos se cometieron, incluso de forma retroactiva:

El castigo a ese tipo de crímenes proviene directamente de los principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos, que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos.

Al mismo tiempo afirman que el principio de legalidad debe ceder frente al caso específico de la persecución de crímenes internacionales, entendiendo que, a partir del reconocimiento del rango constitucional de la Convención sobre Imprescriptibilidad, ambos principios (imprescriptibilidad y legalidad) gozan de idéntica jerarquía. Por su parte, la ministra Carmen Argibay sostiene que:

No se viola el principio de culpabilidad, así como tampoco hay frustración de la confianza en el derecho, ya que la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar; mucho menos con el carácter de una garantía constitucional, ya que el principio de defensa impone que se les dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento, pero no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo.

A ello agrega un argumento ulterior: “Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo”. En conclusión, sin perjuicio de las argumentaciones concretas de cada ministro, el voto de la mayoría coincide en que los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino.

Inexistencia de cosa juzgada

El principio de doble juzgamiento o *non bis in idem* sostiene que el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces, sea en forma simultánea o sucesiva, por el mismo hecho. De conformidad con lo sostenido por la Corte

Interamericana en el caso “Barrios Altos”, los principios de legalidad y *non bis in idem* no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca.

El doctor Petracchi se apropia de este argumento objetando la invocación del doble juzgamiento para impedir que el estado cumpla y juzgue a los responsables. La doctora Argibay, por su parte, explica que, tratándose de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, “salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada)”. Sin embargo, los recurrentes no cuentan con un derecho constitucional a cancelar la continuación del proceso por prescripción o amnistía, en tanto no se trata de personas a quienes se las pretende juzgar por hechos que ya han sido juzgados, sino que se trata de reasumir la pretensión punitiva en una misma causa y expediente. En este sentido, se deberá estudiar cada caso en concreto y determinar si efectivamente ha habido juzgamiento, o bien han sido “perdonados” por las leyes en cuestión.

La declaración de nulidad de las leyes por el Congreso de la Nación: Ley 25.779

La Ley 25.779 que declara nulas las leyes de Punto final y Obediencia debida, generó una gran polémica que ha llevado a la Corte a pronunciarse sobre su constitucionalidad. Frente al dictado de esta ley anulatoria, la Corte analizó cuáles eran las facultades del Congreso de la Nación para anular las leyes de impunidad y, finalmente, qué efectos debía atribuírsele a la ley 25.779, de manera de no violentar la división de poderes, principio de todo Estado de derecho democrático.

Con distintos fundamentos, el fallo de la Corte resolvió que la ley anulatoria no afectaba la división de poderes del Estado pues su sentido no era otro que el de formular una declaración del Congreso sobre el tema, apta únicamente para producir un efecto político simbólico, al no imponer a los jueces un modo de determinar los hechos ni de interpretar o aplicar el derecho.

El doctor Maqueda, por su parte, estimó que el texto constitucional y su interpretación y acatamiento no son patrimonio exclusivo del poder judicial cuando se trata de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al mandato constituyente. En este contexto, el Congreso se siente obligado a dar una respuesta legislativa excepcional cuando se encuentra en juego la eventual responsabilidad del Estado argentino, nacida a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional; y asumir la responsabilidad institucional de remover los obstáculos para hacer posible la justiciabilidad plena de los delitos de lesa humanidad, preservando para el poder judicial el conocimiento de los casos concretos y los efectos de las leyes sancionadas.

De la misma opinión es el doctor Zaffaroni, quien, a su vez, analizó los argumentos centrales vertidos por el Congreso de la Nación al dictar la ley anulatoria. En este sentido, sostuvo que el argumento que invocaba un estado de necesidad de los poderes nacionales al momento de sancionar las leyes que se quieren anular, no puede conducir al Congreso a anular las leyes de impunidad, ya que ello sembraría “una inseguridad jurídica formidable” que avalaría que ante cualquier vicio (error o ignorancia) la legislatura pudiera anular sus propias leyes. En segundo término, descartó realizar una interpretación extensiva del artículo 29 de la Constitución, que prohíbe otorgar facultades extraordinarias y concentrar la suma del poder público en el poder ejecutivo o legislaturas provinciales, ya que del mismo no surge claramente que esas leyes configuren una hipótesis contemplada en su texto, y, de ese modo, se estaría violando el artículo 18 de la Constitución y las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados internacionales. Por otro lado, fundar

la nulidad de la ley en el derecho natural o supralegal es “innecesario” cuando el derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, hace ineficaces las leyes que la Ley 25.779 declara nulas.

Finalmente explica que, si bien es cierto que la eficacia de las leyes de OB y PF haría incurrir a la Argentina en un injusto internacional (conforme a doctrina del caso “Barrios Altos”), ello no legitima per se al Congreso a anular sus propios actos legislativos. La necesidad de coherencia dentro del orden jurídico, no lo habilita a anular una ley penal. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero serán los jueces quienes deben resolverlas, en su tarea interpretativa y de control de constitucionalidad.

Descartados estos ejes argumentales, Zaffaroni justificó la constitucionalidad de la Ley 25.779 en el deber de soberanía que posee cada Estado: “hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta”. De ese modo, se pretende evitar una grave *capitis deminutio* de la Argentina ante los demás Estados del globo, “colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta y, en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto”.

Disidencia del Ministro de Carlos Fayt

En contraposición con los argumentos expuestos por la mayoría, el doctor Fayt indica que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es exclusiva del poder judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que la suma del poder público pueda residir y concentrarse en una sola sede, aniquilando, de este modo, el necesario control interórganos. En este sentido indica que el poder legislativo, al dictar la ley anulatoria, se está atribuyendo una potestad que no tiene ningún

otro poder constituido de la República, en tanto tampoco puede el poder judicial anular leyes en un sistema de control de constitucionalidad difuso. Los jueces solo pueden declarar la inconstitucionalidad para un caso concreto (así como el órgano creador de normas no puede anularlas, el que las controla no puede derogarlas).

En síntesis, la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de manera exclusiva, la declaración de su inconstitucionalidad que solo puede hacerse en un caso concreto por parte de un tribunal de justicia.

Conclusiones

En la apretada síntesis precedente se ha tratado de relatar y analizar la historia argentina cercana y sus consecuencias producto de la violación masiva de los derechos humanos. Nos queda señalar que en estos días continúan los juicios por los crímenes de lesa humanidad, la búsqueda de los desaparecidos y de los quinientos niños nacidos en cautiverio, o sea, la búsqueda de la justicia y la reparación.

Esperemos que el pasado nos sirva para no cometer los mismos errores en el futuro. Los próximos tiempos tendrán los derechos humanos como medios para proteger la vida y la dignidad de los hombres. Por todo lo vivido, porque es necesario la modernización de nuestro país, porque debemos participar en el concierto de las naciones sin vergüenza. Por eso son necesarios los derechos humanos. La democracia es la forma de gobierno que, si bien no es perfecta, va junto a esos derechos, los garantiza porque son interdependientes entre sí. Un pueblo que elige su gobierno, está eligiendo qué quiere ser, esta autodeterminándose, está haciendo su destino y este es el desafío argentino y de toda América Latina.

Referencias

- Borges, N. (1979). *Os militares no poder*. Sao Paulo: Editora Académica.
- Casullo, N. (1998). *París 68. Las Escrituras, el recuerdo y el olvido*. Buenos Aires: Manantial.
- Delmas, M. (1998). *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Editions Seuil.
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Dworkin, R. (2017). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Gaggero, H., Garro, A. y Mantian, S. (2001). *Historia de América en los siglos XIX Y XX*. Buenos Aires: Grupo Editor Aique.
- García, A. (1991). *La Doctrina de la Seguridad Nacional*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Glimberg, C. (1981). *Historia universal*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Halperin Donghi, T. (2005). *Historia Contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza.
- Lanata, J. (2003). *Argentinos. Tomo 2, Siglo XX, desde YRIGROYEN hasta la caída de la Rúa*. Barcelona: Ediciones Grupo Zeta.
- Luna, F. (1996). *Historia integral de la argentina*. t. 10. *El largo Camino a la Democracia*. Buenos Aires: Planeta.
- Moreno Ocampo, L. (1996). *Cuando el poder perdió el juicio. En: F. Luna (Autor). Historia integral de la Argentina (264)*.
- Nino, C. (2015). *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI. 2015.
- Comisión Nacional Sobre la Desaparición (1984). *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas presidida por Ernesto Sábato*. Buenos Aires: Comisión Nacional Sobre la Desaparición.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.
- O'Donnell, G. (2011). *Modernización y autoritarismo*. Buenos Aires: Paidós.
- Potash, R. (1971). *El ejército y la política en la Argentina de Irigoyen a Perón*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Rawls, J. (2014). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Todorov, T. (2012). *Los enemigos íntimos de la democracia*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.
- Travieso, J. (1990). *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. 2 Ed. Buenos Aires: Heliasta.

LA DECISIÓN JUDICIAL: UN EJERCICIO LÓGICO DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

WILLIAM ESTEBAN GRISALES CARDONA¹, ADRIANA ESTRADA MEJÍA², DIEGO CORREA CORREA³, WALTER MAURICIO MONTAÑO ARIAS⁴

413

Resumen

Dentro de los temas que en la actualidad han tenido una gran cantidad de interrogantes, el que nos ocupa consiste en determinar la lógica que utilizan los jueces para decidir partiendo de la aplicación de los derechos fundamentales. Es

1 Abogado, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidato a Doctor en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana.

2 Abogada, candidata a Magíster en Gobierno de la Universidad de Medellín. Directora (E) del Programa de Derecho, Directora de Planeación de la Corporación Universitaria Americana.

3 Licenciado en Filosofía, Magíster en Filosofía y estudiante de Doctorado en filosofía (UPB). Docente de Investigación y Humanidades de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables Corporación Universitaria Americana.

4 Economista, Magíster en Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente. Candidato a Doctor en Administración y Gerencia (Universidad Benito Juárez, México).

decir, cuál es el método que se utiliza para decantar el núcleo principialístico de la norma, el cual se presenta a través de la decisión judicial. Los jueces utilizan su conocimiento de la ley (*procesal*), en aras de poder generar un fallo que cumpla con los requisitos del debido proceso, pero no significa que dicho fallo verse de forma exclusiva sobre los hechos concretos debatidos en el proceso, y que la norma jurídica sea acorde con los lineamientos establecidos en los derechos fundamentales, por tal razón, al momento de producirse la decisión judicial, debe ser el resultado de la interpretación del ordenamiento jurídico concreto a la luz de los derechos fundamentales, en caso contrario sería recobrar el viejo paradigma del Estado de derecho posterior a la revolución francesa.

Las múltiples controversias que se planten al interior del proceso pueden generar decisiones que se encuentran debidamente establecidas en la legislación, como también pueden presentarse eventos en los cuales existan zonas de penumbra en la aplicación de la ley que inviten al juez a ir más allá del derecho positivo, de la aplicación exegética de la ley a pensarse una justicia constitucionalizada.

Los hechos (*supuesto de hecho*), la valoración de la prueba, los casos fáciles y difíciles, la interpretación de la norma y la propuesta de un modelo alternativo basado en los derechos fundamentales, servirán de base para abordar este tema y aproximarnos más a lo que es una verdadera constitucionalización de la justicia.

Palabras clave: decisión judicial, derechos fundamentales, debido proceso, constitucionalidad.

Introducción

El supuesto de hecho

Los hechos pueden definirse como aquellas circunstancias fácticas que dan origen a un conflicto intersubjetivo de intereses, es decir, aquello que afecta o cambia el mundo fenoménico del derecho, generando que la conducta desplegada se adecue a una norma jurídica. De igual manera, corresponden al supuesto de hecho, siendo uno de los elementos componentes de la norma jurídica. Desde la tradición clásica jurídica, los hechos constituyen la premisa menor del silogismo jurídico, tomando para ello la estructura propuesta por Aristóteles. La presencia de una premisa mayor, la cual se ha dicho que es la norma, una premisa menor que son los hechos y la conclusión que será la decisión judicial.

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional, en Sentencia C-820 de 2006, ha manifestado que:

En este mismo sentido, se recordarán las célebres frases que limitaban el papel del juez y la aplicación de la norma jurídica a la simple reproducción del significado legal al caso concreto, tales como las de Rousseau al sostener que las leyes deben ser expresión de la voluntad general y, por ello, las decisiones que producen la felicidad pública “que está muy por encima del alcance de los hombres vulgares, son las que pone el legislador en boca de los inmortales para arrastrar por medio de la pretendida autoridad divina, a aquellos a quienes no lograría excitar la prudencia humana” y las de Montesquieu al indicar que el poder “de juzgar es casi nulo” y definir a los jueces como “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” y a la inevitable supremacía de la ley sobre las sentencias al señalar que “es de la esencia de la Constitución republicana el que los jueces se atengan rigurosamente a la letra

de la ley”. Posteriormente, Cesare Beccaria, refiriéndose al derecho penal y como mecanismo para garantizar las libertades ciudadanas y la justicia -lo justo es lo que la ley consagra-, redujo la interpretación judicial a la aplicación de un “silogismo perfecto”, en donde la sentencia no puede ser otra cosa que la conclusión de la comparación entre la premisa mayor (que contiene la ley general) y la premisa menor (que expresa el caso concreto). Según este autor, “tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores”. Fue célebre el discurso pronunciado en 1857, en la facultad de derecho de Estrasburgo, por el jurista Aubry, en cuanto afirmó que “toda la ley, en su espíritu tanto como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y un completo desarrollo de sus consecuencias, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón. (Sentencia C-820, 2006).

416 | Ha de verse en el desarrollo de este texto, cómo la idea de silogismo sucumbe ante la presencia de situaciones no normadas, zonas de penumbra o casos difíciles. Eventos en los que el juez debe recurrir a otras formas de interpretación y aplicación del derecho, rompiendo por tanto ese paradigma. La determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente se hace en el juicio, es decir, los hechos que serán valorados por el juez en la sentencia y que fueron objeto de prueba a lo largo del debate judicial. Esta valoración puede realizarse mediante el método deductivo, pero se considera pertinente tener los hechos no como la premisa menor sino como la mayor, momento en el cual el método a utilizar será el inductivo. Lo anterior, dado que lo primero que el juez conoce son los hechos y, por tanto, es de ellos que se hace la primera interpretación, la cual consiste en determinar la norma jurídica en la cual se pueden adecuar. Dicha interpretación debe ser acorde con los derechos fundamentales, no puede el juez tomar el supuesto de hecho de manera exegética, sino darles un alcance a los hechos necesario para ser acordes con las exigencias constitucionales actuales. De acuerdo con lo propuesto por el profesor de De Asis Roig (2015):

Presentación de los hechos: esta etapa introductoria consiste en la narración de los hechos sobre los cuales se fundará la pretensión. A partir de estos se debe iniciar la adecuación típica, es decir determinar la norma que más se ajusta a esa situación fáctica y así poder determinar la posible consecuencia jurídica. Estos hechos deben ser corroborados por las partes a lo largo de la fase probatoria, correspondiendo en principio a la parte que los alega probarlos. Sin embargo, de acuerdo a nuestro CGP el juez puede trasladar esa carga de la prueba cuando considera que la parte contraria tiene mejor facilidad para ello, dicha decisión debe ser motivada, pero en ningún momento puede afectar el equilibrio procesal. El juez debe mantener su carácter de imparcialidad⁵, pero buscando siempre la realización del derecho sustantivo.

Fase de la prueba: como se anunció en el párrafo anterior, en esta etapa se busca determinar el criterio de verdad que puede generar los hechos descritos por las partes. Es determinar el significado de los hechos, interpretarlos y, finalmente, valorarlos conforme al grado de convencimiento que generan en el funcionario judicial. Conforme lo ha sostenido la doctrina (Parra, 1999; López, 2003; López de Oñate, 2003) el grado de conocimiento que se exige para dictarse sentencia condenatoria es la certeza. Es en estado del conocimiento donde se aprecia realmente la realidad de los hechos propuestos. Mientras exista duda no es posible acceder a las pretensiones invocadas, dado que los hechos no han certeza en el funcionario judicial.

La fijación de los hechos: en esta etapa el juez desechará aquellos hechos que no hayan sido probados, al igual que aquellos hechos superfluos o impertinentes,

5 La imparcialidad que se evidencia en la virtud de la prudencia solo puede ser producto de juicios críticos racionales reflejados en las soluciones a las problemáticas y en los acuerdos que con la ayuda del conciliador en derecho se logran; se debe respetar para tal asunto el derecho de las partes a afirmar y a contradecir, en el marco del debido proceso, y en el derecho a la igualdad, puesto que en la frialdad de la aplicación de la norma no debe olvidarse que el conflicto es entre seres humanos (Arboleda López, 2014).

es decir, que no tengan una relación directa con la pretensión. Solo tomara aquellos probados y útiles para la decisión judicial.

Cada una de las etapas anteriores son necesarias en orden a obtener una actuación judicial acorde con los derechos fundamentales de las partes que participan en el proceso, esa actividad judicial desarrolla principios procesales como por ejemplo la igualdad, la contradicción, la motivación, permitiendo de esta forma una verdadera constitucionalización de la justicia.

Valoración probatoria

La valoración de las pruebas es indispensable para develar aquellos hechos que lo conduzcan a la certeza o, si se quiere decir de otra forma, a la verdad. Pero también es el complemento en el desarrollo del derecho fundamental a la prueba. En desarrollo de este derecho fundamental, históricamente se conocen de manera relevante tres modelos, en los cuales la posibilidad de controvertir y participar activamente en la práctica de la prueba ha variado.

La misma evolución histórica y cultural de la humanidad ha llevado a plantear distintas alternativas de solución de conflictos. En un primer momento se dio la justicia por propia mano, en la cual los particulares solucionaban sus conflictos sin la intervención de un tercero, además la prueba solo era valorada por las partes implicadas, ellas decidían, sin la intervención de nadie, si determinadas circunstancias generaban o no certeza frente a una situación concreta. Con posterioridad, surge otra forma de solución de conflictos donde el Estado es quien vela por ello a través de un tercero imparcial: el juez. No solo se queda con la figura del juez, también los particulares y otros funcionarios del Estado pueden participar activamente en la decisión de esos conflictos, pero mediando en todos

esos casos la presencia de la prueba y su valoración para poder determinar a quien se le concede el derecho en disputa.

Se construyen modelos con los cuales se pueda establecer y llegar a un grado de conocimiento de los hechos suficiente para dictar una decisión justa adecuada al debido proceso y demás derechos fundamentales que lo complementan. Son las pruebas las que contribuyen a la comprensión de los hechos. Son las que provocan en el juez el tránsito de la ignorancia a la certeza, y su valoración obedece a los siguientes modelos:

Tarifa legal: en este modelo el legislador determina el valor de cada uno de los medios probatorios. El juez solo confronta la respectiva prueba con los parámetros establecidos por el legislador. El peso que se establece a cada medio probatorio obedece a reglas cuantitativas y cualitativas previamente establecidas. Por ejemplo: el Estado civil de las personas se prueba con el respectivo registro civil⁶. En el ejemplo propuesto no existe otro medio legal para demostrar el Estado civil. La tarifa legal, a la luz de la doctrina, puede generar seguridad jurídica. El conocer con anterioridad al proceso y, dentro del proceso, el valor de cada medio probatorio, genera tranquilidad en las partes, el juez está limitado a la aplicación escueta de la ley procesal. Sin embargo, se considera que esta posición puede generar fallos “injustos”. Para esta afirmación se parte de la necesidad de comprensión de los hechos y el determinar el fin que la misma norma persigue. Además, se genera un desequilibrio procesal debido a la misma restricción probatoria. La consecución de los medios probatorios exigidos beneficia exclusivamente a la parte que los posea, aunque la contraparte posea herramientas distintas que pueden desvirtuarlo, pero al no estar debidamente consagrados no pueden ser tenidos en cuenta por el juez. Al respecto la Corte Constitucional colombiana ha sostenido en Sentencia C-243 de 2001, lo siguiente:

6 Art. 101: “El estado civil debe constar en el registro del estado civil...”. Título X. Decreto 1260 de 1970. ver también el Decreto 150 de 1970 sobre los efectos probatorios del registro de instrumentos públicos.

El avance comentado introducido por la Ley 75 de 1968 respecto de la legislación anterior referente al tema, contenida en la Ley 45 de 1936, tuvo el alcance de significar una flexibilización el sistema legal de pruebas admitido para el reconocimiento judicial de la paternidad natural. En efecto, frente al sistema anterior, que se denominó por la doctrina y la jurisprudencia “sistema de investigación restringida” y que se caracterizaba por no permitir la demostración de la paternidad natural más que por los medios señalados por la ley (sistema de la tarifa legal), la nueva legislación permitió una mayor libertad probatoria, que se refleja en la posibilidad de acudir a las nuevas pruebas científicas y en las facultades que se otorgan al juez para apreciar “dentro de las circunstancias en que tuvo lugar” (sistema de la libre apreciación según la sana crítica), el trato personal que conduce a la presunción de paternidad. Sobre esta flexibilización introducida por la ley 75 de 1968, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de hacer los siguientes comentarios:

‘Dentro de la reforma que la Ley 75 de 1968 introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia emergen con perfiles de singular relevancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que, si bien es cierto que dicho estatuto aún conserva el sistema de la investigación restringida consagrado por la Ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y da mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que la estructuran’.

Los cambios generados desde el ordenamiento jurídico posibilitan el cambio en el esquema valorativo propuesto inicialmente. Además, el cambio se marca desde la novedad constitucional señalada en el artículo 2.

Libre valoración de la prueba: bajo este esquema se deja al libre arbitrio judicial la valoración de cada uno de los medios de prueba. Ya no se sujeta a los parámetros establecidos por el legislador. El juez se convierte en un regulador de las normas procesales al interior de su juzgado con la única limitación de cumplir con el debido proceso. Pero esta situación no puede quebrantar los derechos fundamentales de las partes, estos derechos se convierten en un límite para la valoración realizada por

el juez. Dentro del Código de procedimiento laboral colombiano, el artículo 61 consagra la libre apreciación de la prueba:

Artículo 61. **Libre formación del convencimiento.** El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*, no se podrá admitir su prueba por otro medio. En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.

En el contexto colombiano, Este sistema de valoración se encuentra subsumido en la sana crítica tal como se verá a continuación. El juez no está sometido a reglas precisas de valoración, él tiene un amplio margen solo limitado por las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

La sana crítica⁷: este modelo propone, al igual que el método anterior, una libertad valorativa de la prueba por parte del juez (Alsina, 1958), pero presentando como límites las reglas de la experiencia y las reglas de la lógica. Las primeras son el resultado del conocimiento adquirido por el juez en el ejercicio permanente de su función, además de los constantes cambios que se generan en la misma comunidad. Las segundas son permanentes. Carlos Lessona señala sobre la sana crítica o persuasión racional que:

El juez debe pensar con justo criterio lógico el valor de las pruebas producidas, y puede tener por verdadero el hecho controvertido, sólo sobre la base de las pruebas que excluyen toda duda de lo contrario. La verdad jurídica pende en este sistema no dé la impresión, sino de la conciencia del juez, que no puede juzgar simplemente,

7 El nombre no ha sido único, algunos autores como Sentis Melendo la denomina prudente apreciación (La prueba. Ediciones Jurídica Europa. Buenos Aires. 1978, 264). Persuasión Racional, Hugo Alsina.

según su criterio individual, sino según las reglas de la verdad histórica, que debe fundamentar (1983, 335).

Tomando lo anterior, puede establecerse con facilidad la diferencia entre la libre apreciación probatoria y la sana crítica. En la segunda, el operador jurídico está supeditado a las reglas de la verdad. Estas reglas de la verdad son las construidas desde las reglas de la experiencia y la lógica, pero la verdad que surge de allí es de carácter particular, es una verdad procesal. El operador jurídico debe valerse de todas las herramientas necesarias para producir una decisión de fondo que garantice el acceso a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Es así como en el CGP, se otorgan amplias facultades al juez para poder verificar los hechos. En el artículo 42 se establece: “son deberes del juez: 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”⁸.

422

Dentro de un Estado constitucional, el juez debe realizar una interpretación que se ajuste a las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de una sociedad en un determinado momento de su historia. Por ello debe romper con el esquema positivista decimonónico y retomar los postulados de la sociología jurídica, en la cual el entorno social es vital para la comprensión de la normatividad. Este esquema valorativo pretende que el juez utilice todo su conocimiento en la solución de la controversia y no ser un simple aplicador de la norma.

La motivación de la decisión judicial, implica un análisis detallado de cada uno de los medios aportados, insisto, para obtener un fallo que cumpla con la finalidad propuesta para el proceso *dikaíosynê*. Las garantías procesales son inherentes a

8 Al respecto de la prueba de oficio pueden mirarse las críticas formuladas desde el garantismo procesal: “a) en tanto en el primero el juez sólo debe buscar -con clara imparcialidad en su actuación- el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de cuáles son los hechos sobre los cuales discuten), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida” (Alvarado Velloso, 2010, 163).

la función judicial y su cumplimiento depende, no solo de la existencia de una sentencia, sino de una decisión judicial congruente y carente de falsas motivaciones, sin exceso de citas. Una providencia debe reflejar las verdaderas razones de resolución de la controversia, acorde todo ello con los derechos fundamentales como desarrollo lógico de la decisión judicial.

Casos fáciles

En este aparte se abordará, lo que podría denominarse subsunción. La aplicación de la norma a un caso concreto sin necesidad de hacer una interpretación más allá de la exegesis. En este evento no existe ningún tipo de penumbra normativa que impida una decisión fácil.

Un primer caso se presenta cuando la solución para el caso en cuestión se halla dentro del ordenamiento jurídico. El juez simplemente hace una adecuación entre las normas y el hecho o hechos debatidos. No se presenta ningún conflicto que impida la toma de una decisión que resuelva de fondo la controversia. Y en caso de encontrarse algún rastro de contradicción, el mismo legislador establece en forma clara la forma de resolverlo. El artículo 1 de la ley 153 de 1887 establece:

Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre la ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

La norma citada señala las alternativas que se pueden presentar y la solución a los posibles conflictos normativos. Se le indica al juez el camino a seguir en cada uno de los casos, por ejemplo: norma posterior prima sobre la anterior, o norma especial prima sobre la general. No puede en estos casos el juez negar la aplicación del derecho por una aparente contradicción normativa. Además de lo

señalado, cabe anotar lo que Alexy (2002) sostiene sobre los conflictos entre reglas, los cuales solo pueden ser solucionados cuando una de las normas en aparente conflicto consagra una cláusula de excepción, como la establecida en la Ley 153 de 1887. El ámbito principal de aplicación de las reglas de colisión como aquellas que prescriben *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori*, y ley especial deroga la general. No existe una dificultad real para el operador jurídico a la hora de establecer la norma aplicable para el caso controvertido.

Frente a estos casos fáciles, en los cuales no se presente una colisión de reglas o normas, el razonamiento lógico utilizado por el juez es el silogismo jurídico, tal como se anotó anteriormente. Este se encuentra formado de una premisa mayor, una menor y la conclusión. Es un razonamiento deductivo que, partiendo de dos juicios, se infiere un tercero, esto es de lo general a lo particular. En términos más sencillos, es una forma pensar, o de expresar nuestros juicios, de expresar la decisión judicial.

424

La premisa mayor es la que nos sirve de partida y es, como se anunció, de carácter general. La premisa menor es la que está en medio o intermediaria entre la premisa mayor y la conclusión. Y la conclusión es el resultado que se deduce de la premisa mayor con la participación de la menor. Además de las premisas anunciadas anteriormente, también en el silogismo se encuentran tres clases de términos: el mayor, el cual corresponde al predicado de la conclusión, y este siempre aparece en la premisa mayor. El término medio, este aparece en las dos premisas *mayor y menor* pero no aparece en la conclusión. Y el término menor, que corresponde al sujeto de la conclusión.

El desarrollo histórico de esta figura se encuentra en los planteamientos aristotélicos, y en especial en *Los primeros analíticos* y los *Tópicos*. Es desde aquí que se realizará la primera aproximación al tema, tomando algunos aspectos importantes sobre él en la actualidad. La construcción presentada por Aristóteles constituye el

método a utilizar para la ciencia del derecho. La concepción kelseniana propone una figura silogística para la solución de los casos. Kelsen (2009, 131) parte de la fórmula “si A es, (entonces) B debe ser”, donde la imputación depende de un antecedente y ¿cuál es ese antecedente? Los hechos que serán objeto de subsunción en la norma. Se trata de un modelo válido para inferencias lógicas sencillas, pero no es aceptable en aquellos casos en los que el orden jurídico presenta vacíos o en los que dos principios entran en colisión. Este segundo tipo de casos requiere un método más complejo, sin embargo, en la actualidad se considera viable la aplicación del silogismo y desde allí construir la motivación de las decisiones judiciales.

La formación del silogismo debe partir de circunstancias comunes a los participantes, en el ámbito procesal de los hechos y la posible norma aplicable para el caso planteado. De acuerdo con Schopenhauer, citado por García Máynez, el silogismo jurídico es un silogismo de la primera figura en el cual “la trasgresión civil o penal es la menor y la ley que rige el caso la mayor. La sentencia es la conclusión que, como algo necesario, simplemente es conocida por el juez” (1999, 128). Sin embargo, no puede concluirse que las premisas de las cuales se parte correspondan a una verdad, son juicios hipotéticos los cuales terminan con la aplicación de la ley.

Conforme a la propuesta kelseniana el silogismo lo que presenta es una subsunción, pero siguiendo a García debe manifestarse:

Pero en este raciocinio se advierten dos cosas: primera, que la relación natural de antecedentes y consecuente, fundada en la ley, es trastocada, o sea, que lo que en la ley es fundamento..., aparece en la mayor como consecuencia, y lo que en la ley es consecuencia... figura en la misma premisa como fundamento. (1999, 85).

Con esto se muestra la no operabilidad de la subsunción. Para que exista esta, realmente se requiere una formulación de la premisa mayor en forma general, en la cual se presenten las alternativas posibles, dentro de las cuales puede seleccionar el juez conforme los hechos que se le han planteado. Uno de los aspectos necesarios

para la construcción de este tema se haya en el texto los tópicos. Dentro de este se define el silogismo como: “una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye, necesariamente, una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones” (Aristoteles, 1993, 223). Es un razonamiento lógico que debe partir de supuestos verdaderos, para llegar a una conclusión verdadera. Más las proposiciones que se encuentran dentro de un silogismo jurídico no son verdaderas, se consideran las más probables. Bajo este supuesto, Aristóteles presenta el silogismo dialéctico, el cual obtiene su conclusión de proposiciones simplemente probables.

Los hechos que proponen las partes y en los cuales se fundan las pretensiones y las excepciones de fondo tiene la apariencia de verdaderos, pero estos pueden estar soportados en circunstancias falsas y a través de los medios probatorios llevar al juez a una conclusión diferente a la realidad o verdad histórica. En esta forma de silogismo la conclusión necesariamente no es verdadera, es probable, en otras palabras, la que más se adecua a los hechos planteados y probados, esto es certeza.

Conforme a lo señalado, el silogismo sirve como base para la solución de casos en los cuales pueda efectuarse una relación directa entre la norma y el o los casos examinados, estableciéndose como consecuencia la aplicación de la ley o absteniéndose de ello cuando la aplicación de la norma no sea posible.

Casos difíciles

En la situación anterior solo se presentaba un choque entre normas o reglas, en este caso se presenta colisión de principios, los cuales deben resolverse de una forma totalmente distinta a la planteada anteriormente. Se presenta la colisión de principios cuando dos derechos fundamentales del mismo peso o rango que son contradictorios entre sí (libertad de expresión-intimidad) entran en colisión,

imposibilitando al juez para resolverlos mediante los parámetros establecidos para la colisión de normas o reglas. Este no puede declarar la invalidez de uno de ellos, ambos tienen plena aplicabilidad en cada uno de los casos señalados. En estas circunstancias el juez debe determinar una escala de peso entre los principios, y determinar el principio de mayor rango para el caso particular. Pero lo anterior no quiere decir que el principio siempre va a tener el mismo peso, este cambiará conforme se modifiquen las circunstancias en los distintos casos. “La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada” (Alexy, 2003, 100). Corresponde al funcionario judicial establecer estas relaciones de forma correcta.

Los parámetros para la optimización se encuentran plasmados dentro de los postulados de la ponderación, del cual el profesor alemán ha manifestado:

La ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (Alexy, 2004, 49).

Uno de los principales elementos de la ponderación está en la proporcionalidad. La implicación del principio de proporcionalidad se basa en la propia definición de los principios. En cuanto mandato de optimización, los principios exigen la máxima realización posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. La determinación del principio a aplicar se realiza con posterioridad al ejercicio de los subprincipios que conforman el principio mencionado, los cuales permiten determinar su idoneidad para la solución del caso, la necesidad se establece desde una medida alternativa y la proporcionalidad, en sentido estricto, es el cumplimiento de los principios sin una afectación grande de otros principios, en otras palabras

“cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 2003, 103). Como ejemplo de lo expuesto hasta el momento, puede citarse la Sentencia C-647 de 2001 de la Corte Constitucional, en la cual se señala:

Desde el punto de vista de la ponderación de derechos constitucionales, la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse predominante con el paso del tiempo en la medida en que ha evolucionado la gestación y se ha desarrollado el embrión hasta convertirse en un ser humano con tal capacidad física, sensorial y psíquica propia que podría sobrevivir fuera del vientre de la madre, o sea, es viable. Esto ocurre aproximadamente entre la semana veintidós y veinticuatro. Después, ningún derecho constitucional de la madre, diferente al de salvar su propia vida proteger su integridad o preservar su salud, ni ninguna circunstancia de motivación justifica constitucionalmente el aborto ya que la mujer en lugar de abortar podría tener el hijo en ese momento y este podría sobrevivir, así seguramente requiera de soportes especiales técnicos y humanos externos transitorios. Cuando el feto ha alcanzado ese estadio de desarrollo, es decir, es viable, la protección de su vida digna prevalece sobre los derechos de la mujer y sería difícil definir cuáles serían las circunstancias de motivación por extraordinarias y anormales que éstas sean, sobrevinientes en este momento, que justifiquen constitucionalmente la exención de punición. (Corte Constitucional, Sentencia, C-647, 2001).

La anterior decisión es de carácter temporal, dado que las circunstancias por las que se produjo pueden variar en un futuro y generar un tipo de decisión distinta. Las decisiones de la Corte cambian de acuerdo a las exigencias sociales, por ello la exigencia de una alta carga motivacional que justifique el aquí y el ahora del fallo respectivo.

Para terminar, es pertinente anotar que los parámetros establecidos dentro de la ponderación conllevan al desarrollo mismo del Estado constitucional y la prevalencia de los derechos fundamentales. Es necesario realizar una lectura del ordenamiento jurídico desde los principios constitucionales y abandonar la simple

lectura gramatical de la misma. Son los derechos fundamentales la verdadera guía interpretativa en el actual marco constitucional colombiano.

Aplicación de la interpretación y exigencia de la motivación

De acuerdo a todo lo anterior, el juez al momento de tomar una decisión, debe observar el criterio más adecuado para ello y con el cual se cumpla con los fines del derecho procesal: la justicia. Esta tarea final se hace de acuerdo a las distintas escuelas de interpretación jurídica, contribuyendo en la búsqueda de ese fin con unos postulados propios, pero con la intención de obtener la decisión más justa, acorde con los derechos fundamentales.

Sin embargo, ¿cuál de la escuela jurídica predominante en Colombia? Y para dar la respuesta es necesario tomar los parámetros establecidos en los artículos 25 a 32 del Código Civil colombiano y los establecidos entre los artículos 1 a 10 de la Ley 153 de 1887. La respuesta a esta pregunta se encuentra en la llamada escuela de la exégesis. Esta señala como única forma de interpretación de los textos legales su contenido literal, es decir, el juez se encuentra limitado en la aplicación de la ley a su tenor literal, sin la posibilidad de acudir a otros criterios que ayuden a develar la intención del legislador. Este criterio es acogido por nuestra legislación civil en el artículo 25⁹, mientras la norma sea clara no se puede desatender su tenor literal, mas el legislador olvida que ciertas normas hoy han perdido eficacia y para actualizarla debe interpretarse en conjunto con los principios generales

9 Artículo 25: "...Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella o en la misma historia fidedigna de su establecimiento".

del derecho en asocio con los derechos fundamentales. Los artículos 4 y 5¹⁰ de la citada ley dan la posibilidad en aras de hacer una interpretación acorde con los fines del derecho acudir a otras herramientas que permitan al juez con su sentencia desarrollar los derechos fundamentales.

Si bien en la primera parte el legislador señala como criterio de interpretación el exegético, en la Ley 153 de 1887 establece otra posibilidad, con lo cual nos ubica en los postulados del positivismo jurídico, pero un positivismo decimonónico que aún no reconoce en su totalidad la aplicación de los derechos fundamentales, derechos humanos, derechos sociales. Con lo cual la interpretación se queda coja y a un paso de ser injusta la decisión judicial.

La necesidad de tomar los principios éticos para una adecuada interpretación es indispensable bajo una estructura del Estado constitucional, donde existe una prevalencia de los principios constitucionales, donde la función del juez varía conforme a lo planteado en un Estado de derecho y la necesidad de motivar la sentencia exponiendo las razones de hecho y de derecho son un requisito esencial. Los principios generales del derecho conforme al artículo 230 de la Constitución son un criterio auxiliar para la interpretación del ordenamiento jurídico. Pero el esquema que se plantea desde el artículo 1 de la misma carta impone una función diferente a los principios.

Precisamente, la trascendencia de los principios se denota con mayor entidad, cuando hay ausencia de regulación normativa expresa sobre un punto, vacío que obliga a acudir a la aplicación de disposiciones que regulan casos análogos, salvo en materia penal, y ante ausencia de aquellas, a un principio que puede estar o no positivizado. De estarlo, lo desarrolla. Si no lo está, acude a la realidad misma que está sustentada en principios, para traducirlo en norma jurídica. (Rico, 2013, 93).

10 “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. Art. 4 “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”. Art. 5

Los principios, son una guía para el entendimiento del orden jurídico interno o externo, que están íntimamente ligados a la norma, convirtiéndola en normas de textura abierta, esto significa que pueden ser apropiadas por el funcionario judicial de acuerdo a los cambios sociales. El derecho debe ajustarse a la realidad social y no la sociedad al derecho.

Los principios como tales, cumplen una función creadora del ordenamiento jurídico. Es a partir de ellos que el legislador establece las normas necesarias en una comunidad, que permitan a su vez la obtención de los fines propios del derecho como la obtención de la paz social. Las normas están subordinadas a los principios y no de forma contraria. Con esto se quiere mostrar la verdadera importancia de los principios (derechos fundamentales), los cuales no son un simple criterio auxiliar, sino un criterio de primer orden necesario e indispensable en la actividad del operador jurídico. Una interpretación a espaldas de los principios determina una sentencia violatoria de los principios del acceso a la tutela judicial efectiva y del debido proceso. La necesidad de la principialística se extrae de las mismas normas constitucionales citadas como desarrollo de los derechos fundamentales.

Conclusiones

No cabe duda, que con la aparición del esquema constitucionalista, la función del juez ha cambiado, ya no se trata de ser un aplicador exegeta de la norma, por el contrario, cada decisión judicial es fuente, es creadora de derecho. Cada una de ellas sirve de fundamento para posteriores fallos. Es por ello que el juez debe asumir su papel y brindarle a la sociedad la tranquilidad de una decisión justa, justicia que se deriva de una alta carga argumentativa de su decisión, donde quede clara las razones por las cuales ha tomado la decisión. Para esto es importante tener en cuenta la propuesta del profesor Alexy:

Aquellas personas que participan dentro de una conversación (en este caso el proceso) no pueden dentro de su mismo argumento generar contradicción. Los argumentos deben cumplir con los principios de la lógica formal, es decir el argumento de tener una coherencia teórico práctica. Otro aspecto a tener en cuenta consiste en la credibilidad que el argumento genere en el mismo hablante, el juez solo podrá decidir cuando encuentre que las razones para ello son lo suficientemente fuertes para el mismo, solo en ese caso puede tomarse como verdaderas (2017, 256).

Debe también el juez cumplir con el principio de igualdad, esto es, a situaciones similares debe producirse una decisión similar, es decir debe aplicarse la misma razón. La carga argumentativa es exclusiva del juez, él debe buscar la aceptación de su razón. La justicia está cuando el juez pueda mostrar a través de su decisión un desarrollo lógico de los derechos fundamentales, que actuó bajo parámetros éticos, morales y jurídicos.

La finalidad de la aplicación de los derechos fundamentales está en poder obtener una verdadera justicia. “La justicia representa la relación con el otro, y esto es lo más difícil de lograr. Así, entre todas las virtudes la justicia es la única referida al otro, y por ello es el presupuesto fundamental de la polis” (Garcés, 2018, 133). Esta exigencia se encuentra plasmada en la Constitución Política desde el preámbulo mismo y es a ese punto donde nos debe guiar la constitucionalización de la justicia.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alsina, H. (1958). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Vol. II). Buenos Aires: Ediar.
- Arboleda, A. P. (2014). La conciliación, una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(1), 192-202.
- Aristóteles. (1993). *Tratado de lógica. Los tópicos*. México: Porrúa.
- Garcés, L. F. (2018). *La amistad*. Caldas: Corporación Universitaria Lasallista.
- García, E. (1999). *Lógica del Raciocinio jurídico*. México: Fontamara.
- Lessona, C. (1983). *La prueba* (Vol. IV). Madrid: Reuss.
- Rico, L. A. (2013). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Leyer.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

UN ANÁLISIS IDEOLÓGICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO SIN LÍMITES Y FUNDAMENTO DE LA USURPACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO

435

MILANY ANDREA GÓMEZ BETANCUR¹, JORGE POLO BLANCO²

Resumen

Se pretende exponer sobre una democracia popular, que permita romper con la visión tradicional sobre el proceso de interpretación, según la cual los tribunales tienen un marcado protagonismo, recordando el papel político que se puede jugar a través o más allá de las instituciones y que en realidad supere la visión economista establecida en el contenido de los derechos humanos. Se precisa

1 Profesional en Filosofía Política y Filosofía del Derecho, Magíster en Relaciones Internacionales y Derechos Humanos, candidata a Doctora en Marketing Político y Actores e Instituciones en las Sociedades Contemporáneas en la línea de Sociología Electoral. Docente Universidad Católica de Oriente. Correo: mgomez@uco.edu.co

2 Profesional en Filosofía, Magíster en Filosofía y Doctor en Filosofía. Docente de la Escuela Superior Politécnica de Litoral. Ecuador.

una vuelta al constitucionalismo como poder constituyente y no constituido, que se envista con el carácter político que realmente le pertenece, de manera que se pueda lograr realmente una democracia en la que haya una participación activa del pueblo frente a las decisiones que lo afectan en su integridad.

Palabras clave: propiedad privada, derechos fundamentales, democracia, constitucionalismo.

Introducción

Existe una relación muy cercana entre la democracia y el constitucionalismo. Sin embargo, esta no se circunscribe a la validez normativa que le confiere ser garante de los denominados derechos fundamentales. Es más, en su desarrollo como instrumento jurídico, esta relación tampoco tiene que ver con la existencia de un núcleo de sabios que, a partir de una interpretación de un poder constituido, logran determinar lo mejor para la sociedad como se percibe con el neoconstitucionalismo. Más allá de lo anterior, la relación entre la democracia y el constitucionalismo tiene como factor de una unión clave, la política y el poder constituyente. Como bien lo plantea Schmitt (2009), el pueblo es el portador del poder de creación de la Constitución por encima de la norma constitucional, su papel entonces es un papel de acción política que no puede ser agotado o definido por la misma Constitución, tras la apariencia falas de ser un sistema completo compuesto por la defensa de unos derechos humanos preestablecidos.

En este sentido, será solamente la lucha política, y la vuelta de esta como fundamento de la democracia, la que logre mostrar que el constitucionalismo está ligado a las demandas populares, y que, solamente en la medida en que se le vuelva a dar ese papel, este se podrá usurpar del liberalismo político que lo puso

al servicio de la clase burguesa dominante durante la modernidad al convertirlo, solamente, en garante de las libertades reclamadas por esta clase, a partir de un discurso universal que pretendió meramente una igualdad en derechos para poder consolidar el sistema capitalista que ya empezaba su avance internacional.

Demostrar esta idea esbozada en entonces el fin del presente capítulo que se dividirá, para ello, en dos sesiones. En un primer lugar se mostrará cómo el liberalismo político tiene una estrecha relación con el liberalismo económico y cómo desde el discurso liberal, el derecho natural y su carácter abstracto y universal hizo posible esta relación. En un segundo momento, se presentará cómo el liberalismo político usurpa la política del constitucionalismo, para convertirlo en un entramado normativo que elimina el poder constituyente para proteger desde la ley, los derechos humanos como normas fundamentales y completas, como normas acabadas que favorecen la reproducción del capitalismo tras un discurso falaz de universalización.

Liberalismo político y derechos humanos: la libertad como derecho fundamental de un nuevo régimen económico

Las principales teorías contractualistas surgidas en la modernidad, cambiaron radicalmente el escenario de justificación del Estado que hasta el momento existía en Europa. De hecho, este último no tenía ni siquiera una conformación clara, y la definición se ajustaba más a cuál era el papel del gobierno que a la de una conformación estatal. Sin embargo, aunque acontecimientos prácticos marcaron el inicio de la conformación de lo que hoy conocemos como Estado-Nación, tales como la Paz de Westfalia³, las teorías contractualistas fueron fundamentos

3 Como “La paz de Westfalia” se conoce al acontecimiento histórico ocurrido en 1648 que le dio fin

teóricos verdaderamente importantes en la comprensión del mismo, es decir, en la delimitación de su función y sus características.

En efecto, el contractualismo como corriente filosófica plantea que el origen del Estado y de la vida en sociedad se desarrolla a partir de un pacto o un contrato entre los hombres, que deciden renunciar a su libertad natural o derecho natural de hacer lo que les plazca, con la finalidad de disfrutar de manera segura los derechos naturales que por su carácter de hombre le pertenecen. Estas ideas, que son por excelencia modernas, tienen como fundamento tres teóricos clásicos que mostrarán que la tarea del Estado será precisamente proteger la libertad y propiedad de los individuos de una sociedad por medio de un poder soberano que los obligue a no vulnerar estos derechos que todos poseen. De ahí que, si bien antes del Estado todos tienen derecho a la libertad y a la propiedad pues están en iguales condiciones, con la firma del pacto social todos tendrán igualdad de condiciones ante la ley, lo que les permite el disfrute de sus derechos, pero los obliga a respetar los derechos de los demás. Es decir, por la renuncia a una libertad sin límites, todos tendrán la posibilidad de disfrutar su libertad, al estar salvaguardados por un soberano que castigará a quien vulnere dicho convenio o, lo que es igual, serán sancionados por el Estado.

Ahora bien, los autores a los que se está haciendo referencia son, respectivamente, Thomas Hobbes (1588), John Locke (1632) y Jean Jacques Rousseau (1712) que si bien no son contemporáneos, concuerdan en el núcleo de las ideas esbozadas

a la llamada Guerra de los Treinta años. Comenzando como un conflicto religioso entre las potencias del Sacro Imperio Romano Germánico que querían la reforma protestante y quienes no, se convertirá en un conflicto político territorial por hegemonizar el poder. Dicho conflicto se desarrolló desde 1618 y terminará con la ratificación de paz en dos tratados: el de Osnabrück (15 de mayo de 1648) y el de Münster (24 de octubre de 1648). Su relevancia es clara “El tratado de paz influyó enormemente en la ulterior historia de Europa, debido a que la noción de un imperio católico romano espiritualmente dirigido por el Papa y gobernado por el Emperador, quedó definitivamente abandonada. Como consecuencia comienza el desarrollo del concepto moderno de Europa como comunidad de Estados independientes. Significa tanto el nacimiento del concepto de “Estado-Nación” como el nacimiento de la legitimidad de las Naciones para gobernar su territorio con soberanía plena, sin interferencias externas en materias de política o religión, en contraste con la época anterior” (Blanco Jiménez y Romero Ania, 2008, 104)

anteriormente, ideas que son puramente modernas y que les permiten ver en la firma del contrato social: 1. La creación del Estado, 2. La creación de un Estado que garantiza los derechos naturales de los hombre, 3. Por medio de leyes civiles que regulan estos derechos naturales con el fin de poder acceder a ellos. En decir, adherirse al pacto social implica la adhesión a un Estado liberal en el sentido más clásico del término.

Pero entonces, ¿qué es un Estado liberal en el sentido más clásico del término? Giovanni Sartori en su texto ¿Qué es la democracia? dirá al respecto lo siguiente: “es la teoría y la praxis de la libertad individual, de la protección jurídica y del Estado constitucional” (Sartori, 2007) por lo tanto, la base del liberalismo es, entonces, la libertad, pero libertad entendida como libertad civil o, lo que es lo mismo, la libertad de hacer o actuar en el marco de unas leyes que regulan el comportamiento de los individuos con el fin de que pueda disfrutar, precisamente, de esa libertad.

Ahora bien, se debe entender dentro de este presupuesto del liberalismo clásico que el Estado constitucional se entiende como un “Estado mínimo”, es decir, un Estado conformado para la garantía de esta libertad, por lo que la desconfianza en el Estado y su monopolio de la violencia están presentes. Por esta razón es que Sartori dirá que no se puede “enredar” el liberalismo político con el liberalismo económico, pues para este autor dicha relación solo se debió a una situación desafortunada en la que el término “liberalismo” se acuñó⁴ durante la revolución industrial y se asimiló con la burguesía y el capitalismo, adquiriendo una acepción más económica. Para el autor italiano, los contractualistas no fueron los teóricos de una económica del “dejar hacer”, pues según este, ellos de economía no sabían nada, su interés fue el constitucionalismo y la libertad política más no la económica (Sartori, 2007).

4 El concepto de “liberalismo” como tal, no surge cuando las primeras ideas que constituirán su doctrina empiezan a aparecer, como bien lo plantea Sartori, este nacerá en el siglo XIX, entre 1780 y 1850, por lo que, dado el contexto histórico de la revolución industrial, este adquirirá una significación más económica que política, de ahí que según el autor italiano, el liberalismo como concepto se malentendió como utilitarista. “La desgracia ha querido que el nombre (liberalismo) fuera acuñado cuando el evento

Pese a lo anterior, se debe tener presente que desde el presupuesto contractualista, únicamente garantizándose el derecho a la libertad por parte de un ente soberano, es que pueden todos los individuos ser considerados iguales y disfrutar de su propiedad, de manera que sí hay un germen del liberalismo económico en estos autores, una defensa de la propiedad y de la libre competencia amparada por la ley, a diferencia de lo planteado por Sartori.

Para Hobbes, la libertad como palabra pura no es igual a la libertad civil, sin embargo, solo bajo un gobierno civil se podría disfrutar esta de manera segura:

¿Qué es la libertad? Por LIBERTAD se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten. (Hobbes, 2005, 106).

440

Hay que aclarar que para Hobbes hay una diferencia ente el derecho natural y la ley, y precisamente dentro de la conformación del Estado moderno, la ley será un acuerdo o norma civil, es decir, un conjunto de reglas aceptadas por la sociedad para poder disfrutar una parte de los derechos que por naturaleza le pertenecen.

Así, la ley se opone al derecho, que es libertad indeterminada, al poner límites a la libertad, o mejor, al determinarla. La ley se opone al deseo infinito e indeterminado, determinándolo igualmente. Veamos ya las recomendaciones de la razón. El primer precepto o regla general de la razón es que: “todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espere obtenerla, y que cuando no puede obtenerla debe entonces buscar y usar toda la ayuda y las ventajas de la guerra” (Bermudo, 1998, 66).

fuerte no era el liberalismo político, sino el liberalismo económico. Por consecuencia, el liberalismo adquirió una acepción más económica que política, se declaró “burgués” y “capitalista” y se ganó así la granítica y longeva hostilidad del proletariado industrial ¿Desgracia? Sí, precisamente, una desgracia. Porque si “liberalismo” hubiese sido inventado, pongamos, un siglo antes nadie le hubiese podido atribuir las culpas económicas que no tiene y nadie hubiera podido enredar -como hoy se enreda- el liberalismo político con el liberalismo económico” (Sartori, 2007, 276).

En los presupuestos teóricos del liberalismo la igualdad es entendida dentro del Estado de naturaleza como la posibilidad que tienen los hombres de obtener sin más restricción que su fuerza lo que les apetece. Pese a ello, no se puede hablar aquí de una igualdad material, pues si bien el mundo les pertenece a todos, lo que poseen y son libre de poseer es por lo que pueden luchar, lo pueden cuidar y conservar, y en este sentido se puede hablar de una igualdad, pero una igualdad de posesión de los derechos naturales que, al mismo tiempo, les permite generar un Estado de desigualdad o poseer más que otro. Ahora bien, dentro del Estado, creado a partir de la voluntad general de los hombres que se encuentran en Estado de naturaleza, la igualdad es entendida como igualdad civil o igualdad dentro de la ley, es decir, los hombres se consideran iguales de poseer todo cuando puedan obtener tal y como en el Estado de naturaleza, sin embargo estos tienen garantizada la salvaguarda de sus posesiones por parte del Leviatán o, lo que es igual, los hombres son iguales en el derecho a poseer, así como en el derecho a que sus posesiones sean protegidas, más no son iguales en términos materiales y el papel del Estado no es garantizar esto último.

La justicia se refiere a las relaciones entre los hombres, pero no a las relaciones naturales (Estado de naturaleza), sino a las artificiales o convencionales (relaciones civiles). En rigor, apunta ya Hobbes, la justicia se refiere a las relaciones de intercambio entre los hombres en el marco de la ley. Donde no hay ley, no hay propiedad, donde no hay propiedad, no hay intercambio. El intercambio, la propiedad, la ley, son elementos de la sociedad. Si en sentido ordinario la justicia se define como *la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo*, solo donde hay mío y tuyo, donde hay propiedad, en definitiva, donde hay sociedad, tiene sentido hablar de justicia. Solo en la república “los nombres justo e injusto pueden aceptarse”. La justicia, pues, tiene su ámbito en la sociedad y su función en la regulación de las relaciones de intercambio, en la regulación de la propiedad. La relación intrínseca entre justicia, propiedad y sociedad es una característica del pensamiento político y

moral de la modernidad, de la sociedad burguesa; de manera progresiva y definitiva la justicia deja de referirse a un “modo de ser”, a una “virtud”, para reducirse a una “norma”, moral o legal, que regula la propiedad, sobre la base del criterio del respeto a los derechos o al bien público o a la felicidad general o a la estabilidad social (Bermudo, 1998, 69).

En este sentido, se tiene presente que la igualdad no es un presupuesto liberal, Hobbes como uno de los precursores de esta ideología, no propende por una igualdad material o por la posibilidad de que todos posean iguales condiciones económicas, sino meramente, una igualdad legal que le posibilite la seguridad necesaria para poder poseer lo que pueda obtener dado que es su derecho dentro natural y por el que cedió una parte de su libertad.

442 | Junto a la dimensión utilitarista, otro rasgo destacable de la justicia en Hobbes es la finura con que reduce la justicia a la propiedad. En el fondo está pensando la justicia para una comunidad de comerciantes, que solo comparten el miedo a la ley. Esta perspectiva destaca cuando redefine los conceptos clásicos de “justicia conmutativa” y “justicia distributiva”, liberándolos de todo residuo trascendental y adaptándolos a esta idea de la justicia como cumplimiento de los pactos. La justicia conmutativa, en su acepción clásica, hace referencia a la *igualdad de valor de las cosas intercambiadas* y la justicia distributiva a la *distribución de igual beneficio a hombres de igual mérito*. Hobbes ironiza sobre la ingenuidad de tales ideas. No encuentra razones que obliguen a considerar injusto vender más caro de lo que compramos; menos aún dar a un hombre más de lo que merece. Para una sociedad mercantil, liberada de todos los residuos teológicos que penalizaban ciertas ganancias y ciertas actividades económicas; para una sociedad de individuos propietarios que no han renunciado a engañarse, sino a usar la fuerza, o tomarse la justicia por su mano; para tal sociedad exigir como intercambio justo el de igual valor es una perversión. En su sociedad mercantil, la justicia conmutativa, como dice Hobbes, “es la justicia de un contratante”. Y la justicia de un comerciante no consiste en

intercambiar según una regla de igual valor (ni de uso ni de cambio), sino según la regla del sujeto contratante: cumplir los pactos de compra-venta, de arrendamiento, de trueque, de préstamos... En la nueva sociedad lo único vinculante es lo que los individuos pactan, no existe en ella una norma moral o de justicia trascendente a la que ceñir la conducta (Bermudo, 1998, 72).

Como se verá más adelante, una de las problemáticas más grandes que surge con la consolidación del liberalismo durante los siglos XVIII Y XIX es que el concepto de igualdad se transformó en algunos escenarios como igualdad material, sobre todo cuando la democracia pareció ser connatural al liberalismo y se luchó por el beneficio de la población civil más necesitada. Pero a pesar de esta idea falsa, ni la igualdad material ni la democracia como tal son propias del liberalismo, entendida en el más puro de su significado la democracia incluso va en contravía de los presupuestos liberales, pues el liberalismo desde sus entramados favorece a una clase social, pero su discurso favorece a toda la población. Es un discurso universal, complejo de definir pues constituye un fenómeno histórico variado por lo que no existe concordia en cuanto a los rasgos en común que componen su identidad.

En esta medida, el Estado liberal se convirtió en garante del bienestar social tras la caída del sistema económico feudal y el sistema político monárquico, entendiendo, eso sí, el bienestar social bajo el marco de unos valores liberales que le eran provechosos a la burguesía, o lo que es igual, lo que se entendió como bienestar social fue el establecimiento de unos principios políticos y económicos liberales desde los cuales el nuevo capitalismo pudo funcionar.

El mercantilismo es, por lo tanto, el primer paso que da el nuevo Estado secular en su camino hacia la realización cabal del liberalismo. La raíz de la idea mercantilista es su reconocimiento de la necesidad de una nueva disciplina, un código de conducta económica que traerá la prosperidad en lugar de la miseria, el trabajo en vez de la

indolencia. En estas circunstancias, era natural considerar al Estado como el gran regulador de cuya benéfica acción podía brotar la abundancia (Laski, 1953, 52).

Ahora, si bien a Hobbes se le puede considerar liberal, todavía siguen habiendo discusiones frente al papel que le otorgó en el Leviatán al monarca y si tal absolutismo no lo haría preliberal⁵, sin embargo esto no permite desconocer que su teoría fue una de las iniciadoras de este pensamiento, de manera que, más tarde, incluso influenciará a John Locke, quien se ha reconocido como el padre del liberalismo clásico.

Pues bien, este último, nacido en Wrington, Inglaterra, fue un médico y filósofo que no solo se caracterizó por plantear un presupuesto liberal en su famosa obra *Ensayos sobre el gobierno civil* (1680), sino que al mismo tiempo, hizo de su teoría praxis pues se asoció con los famosos *Whig* ingleses⁶ y su trabajo fue influenciado por la Gloriosa Revolución⁷. Dicho teórico inglés también se caracterizó por tener como amigos y cercanos liberales librepensadores e, incluso, se le asocia con el comercio de esclavos, negocio muy rentable en la época.

Considerado un contractualista, Locke parte del mismo punto hobbesiano al plantear que los hombres se encuentran en un Estado de naturaleza, y que en aras de salvaguardar sus bienes y su vida (que es el bien máspreciado) deciden

5 Una de las razones por las que no se puede considerar a Hobbes de ser “preliberal” es que en su obra *El Leviatán* este dirá que cuando el hombre crea el Estado dándole una parte de su libertad a este monstruo para salvaguardar sus derechos naturales, de ninguna manera se puede objetar el poder de este gran protector. Es decir, para Hobbes el soberano se convierte en una especie de monarca al cual no se puede poner en duda su legitimidad ni entrar a debatir sobre su accionar. Por este motivo, y dado que uno de los pilares del liberalismo será la constitucionalidad donde el Estado debe, al igual que el ciudadano, seguir unas leyes que no vayan en contra vía de la población, a Hobbes se le tilda de absolutista y antiliberal. No obstante, su liberalismo radica en su reivindicación del derecho a la libertad como natural y su protección legal en la sociedad civil.

6 Fracción liberal del parlamento inglés -contrario a los Tory (conservadores)- que intentaban reducir el papel de la corona en el parlamento. Este grupo impulsó la denominada Reform act de 1832 que le ampliaría el papel político a la clase media inglesa al permitirle sufragar.

7 Gracias a esta se logró en 1688 el derrocamiento Jacobo II Rey de Inglaterra, Escocia e Irlanda desde 1685, dándose comienzo con este acontecimiento a la democracia parlamentaria moderna, y estipulando la Bill of rights inglesa de 1689 como uno de los documentos más importantes de gran Bretaña.

firmar un pacto en el que le entregan a un gobierno soberano el monopolio de la fuerza y así su protección:

Para entender rectamente el poder político, y derivarlo de su origen, debemos considerar en qué Estado se hallan naturalmente los hombres todos, que no es otro que el de perfecta libertad para ordenar sus acciones, y disponer de sus personas y bienes como lo tuvieren a bien, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro hombre alguno. Estado también de igualdad, en que todo poder y jurisdicción es recíproco, sin que al uno competa más que al otro, no habiendo nada más evidente que el hecho de que criaturas de la misma especie y rango, revueltamente nacidas a todas e idénticas ventajas de la Naturaleza, y al liso de las mismas facultades, deberían asimismo ser iguales cada una entre todas las demás, sin subordinación o sujeción, a menos que el señor y dueño de ellos todos estableciere, por cualquier manifiesta declaración de su voluntad, al uno sobre el otro, y le confriere, por nombramiento claro y evidente, derecho indudable al dominio y soberanía (Locke, 2003, 3).

El marco de esa libertad sin restricción es la igualdad de poseer dicha libertad, es decir, es la igualdad de poseer el derecho a ser libres sin restricción que pone en peligro a la comunidad, al estar llamado cada individuo a protegerse así mismo por encima incluso de la vida de los demás.

Así, pues, siempre que cualquier número de hombres de tal suerte en sociedad se junten y abandone cada cual su poder ejecutivo de la ley de naturaleza, y lo dimita en manos del poder público, entonces existirá una sociedad civil o política. Y esto ocurre cada vez que cualquier número de hombres, dejando el Estado de naturaleza, ingresan en sociedad para formar un pueblo y un cuerpo político bajo un gobierno supremo: o bien cuando cualquiera accediere a cualquier gobernada sociedad ya existente, y a ella se incorporare. Porque por ello autorizará a la sociedad o, lo que es lo mismo, al poder legislativo de ella, a someterle a la ley que el bien público de la sociedad demande, y a cuya ejecución su asistencia, como la prestada a los propios decretos, será exigible. Y ello saca a los hombres del Estado de naturaleza

y les hace acceder al de república, con el establecimiento de un juez sobre la tierra con autoridad para resolver todos los debates y enderezar los entuertos de que cualquier miembro pueda ser víctima, cuyo juez es el legislativo o los magistrados que designado hubiere. Y siempre que se tratare de un número cualquiera de hombres, asociados, sí, pero sin ese poder decisivo a quien apelar, el Estado en que se hallaren será todavía el de naturaleza (Locke, 2003, 50).

A este respecto es importante resaltar dos puntos. En primer lugar, que en Locke se empieza a hablar de un soberano como un gobierno representativo, conformado por magistrados que son el poder legislativo y que tiene la posibilidad de elegir por el pueblo, lo cual hace de esto un gobierno republicano, más no uno democrático, como se hará ver más adelante confundiendo la esencia del gobierno liberal con la del gobierno del pueblo. Y, en segundo lugar, se percibe cómo la libertad sigue siendo el presupuesto principal del liberalismo clásico, una libertad que no obstante le permite al hombre (burgués) poder poseer con la seguridad que le brinda el Estado, es decir, la firma del pacto.

Y el pueblo, al hallar que sus propiedades no estaban seguras bajo el gobierno tal cual se hallaba constituido (siendo así que el gobierno no tiene más fin que la preservación de la propiedad), jamás pudo sentirse seguro ni en sosiego, ni creerse en sociedad civil, hasta que el poder legislativo fue asignado a entidades colectivas, llámeselas senado, parlamento o como mejor pluguiere, por cuyo medio la más distinguida persona quedó sujeta, al igual que los más mezquinos, a esas leyes que él mismo, como parte del poder legislativo, había sancionado, ni nadie pudo ya, por autoridad que tuviere, evitar la fuerza de la ley una vez promulgada ésta, ni por alegada superioridad instar excepción, que supusiera permiso para sus propios desmanes o los de cualquiera de sus dependientes (Locke, 2003, 55).

En este sentido cabe señalar que, para Locke, la propiedad es entendida como la vida, la libertad y la hacienda, y será entonces este derecho el que debe ser protegido por el poder político, cuando dice que el hombre, por cuanto nacido con título a la

perfecta libertad y no sofrenado goce de todos los derechos y privilegios de la ley de naturaleza, al igual que otro cualquier semejante suyo o número de ellos en el haz de la tierra, posee por naturaleza el poder no solo de preservar su propiedad, esto es, su vida, libertad y hacienda, contra los agravios y pretensiones de los demás hombres, sino también de juzgar y castigar en los demás las infracciones de dicha ley (Locke, 2003, 49).

Se podría concluir que, tanto para Hobbes como para Locke, el respeto por la vida y la libertad son igualmente el respecto por la propiedad, y que esta solo se puede garantizar por medio de la seguridad que brinda un gobierno soberano al cual se le cede una parte de esa libertad, o lo que es igual, de la propiedad. Así pues, queda la sensación de que será la propiedad el derecho natural por excelencia que las leyes civiles deben garantizar en un Estado liberal, y en efecto, así lo es.

Jean Jacques Rousseau, autor nacido en 1712, casi 100 años después de Locke, lo hará más evidente. Al igual que para Locke y Hobbes, para este autor francés la ganancia de conformar el Estado es la libertad civil y la seguridad de la propiedad que se posee. Es más, para este es la ganancia de la verdadera libertad, pues la obediencia a la ley hace posible el goce de la libertad en el marco de la seguridad.

Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar. Lo que pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le tienta y que pueda alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee. Para no engañarnos en estas compensaciones, hay que distinguir bien la libertad natural que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, la libertad civil, que está limitada por la voluntad general, y la posesión que no es más que el efecto de la fuerza o el derecho del primer ocupante, de la propiedad que no puede fundarse sino sobre un título positivo (Rousseau, 1994, 27).

Este teórico, a diferencia de los dos antes citados, escribe en un periodo histórico en el cual, como lo vimos en la primera parte, la tierra, el capital y el trabajo son ya medios de producción, y los dueños de estos últimos ven más allá del comercio la

posibilidad de ganancia. Es decir, hay productores propiamente dichos y burgueses que comienzan a asimilarse como clase, por lo cual, el presupuesto de la libertad como el bien máximo no es descabellado, de hecho es más fuerte que en Hobbes y Locke, pues este no pretende encontrar un equilibrio entre la libertad de los pactantes y el poder soberano del Estado, sino que quiere encontrar un punto en el que la obediencia del Estado, sea igual a la libertad del sujeto, o lo que es igual, encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes (Rousseau, 1994).

Así pues, para Rousseau, el Estado es simplemente una ficción de la voluntad general con la finalidad de salvaguardar la libertad y la propiedad y, por tanto, no debe sobrepasar los límites de ambos derechos del hombre, de ahí que este entienda que dicha creación parte de la voluntad del pueblo, de una elección democrática que hizo posible tal acto y que, por tanto, la conducción del Estado debe ser colectiva y en búsqueda del bien común, hecho que lleva a la limitación del Estado pero sobre todo a la corrupción del legislador que pondría sus asuntos privados o particulares por encima del bienestar de todos.

De aquí se deduce que el poder soberano, por muy absoluto, sagrado e inviolable que sea, no excede, ni puede exceder, de los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que por virtud de esas convenciones le han dejado de sus bienes y de su libertad. De suerte que el soberano no tiene jamás derecho de pesar sobre un súbdito más que sobre otro, porque entonces, al adquirir el asunto carácter particular, hace que su poder deje de ser competente (Rousseau, 1994, 39)

De esta manera Rousseau aboga por la consecución del bien común, los hombres se unen, no con miras a satisfacer sus intereses particulares, sino a buscar un bienestar para todos, entre el cual se encuentra la salvaguarda de una parte de su soberanía que le permita incluso a él mismo participar en el ejercicio del poder.

Este busca entonces “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes” (Rousseau, 1994, 32) hecho que, según él, solo se logrará por medio de una democracia directa. Y en efecto, para Rousseau la democracia directa es la mejor opción para que la ciudadanía pueda mantener el poder, aquella en que los ciudadanos puedan acceder a asambleas y reuniones donde opinar y tomar decisiones. Esta es una apuesta democrática del liberalismo, que, en aras de la defensa del derecho a la libertad, apunta a una especie de veeduría ciudadana, a pesar de que el autor es consciente de su imposibilidad.

Ahora bien, Rousseau no solo va más allá al plantear la democracia directa, para él debe existir una relativa igualdad material entre los ciudadanos con la finalidad de que estos puedan disfrutar de sus derechos y respetar la autoridad pues se precisan unas garantías mínimas que no lleven al irrespeto de la autoridad del rico por su posesión y del pobre por la envidia.

Tomando el término en su acepción más rigurosa, jamás ha existido verdadera democracia, y no existirá jamás. ¿Cuántas cosas difíciles de reunir no supone tal gobierno? En primer lugar, un Estado muy pequeño en el que el pueblo sea fácil de congregarse y en el que un ciudadano pueda fácilmente conocer a todos los demás; en segundo lugar, una gran sencillez de costumbres que evite la multitud de asuntos y discusiones espinosas, luego, mucha igualdad en rangos y en fortunas, sin lo cual la igualdad no podría subsistir mucho tiempo en los derechos y la autoridad, finalmente poco o nada de lujo, porque el lujo es efecto de la riqueza o las hace necesarias; corrompe a la vez al rico y al pobre; al uno por posesión y al otro por ambición (Rousseau, 1994, 73).

De estas dos nuevas perspectivas del contrato social planteadas por Rousseau se puede definir la libertad como el vínculo social expresado a través una voluntad general, sin embargo, a pesar de que la democracia directa es la forma de garantizarla,

él es consciente de la dificultad que implica su cumplimiento en la sociedad moderna, y dado esto, acepta la división de poderes, que es lo único que permite en la actualidad acercarse más a la salvaguarda de la libertad del hombre por parte del Estado.

Por otro lado, dentro de la democracia directa defendida por Rousseau (que como se vio, él mismo sostiene que no se puede cumplir) la sociedad debe ser igualitaria para que no hayan envidias entre las *clases*. De esta manera, el vínculo en aquella sociedad debe ser la llamada voluntad general, en la que se deben armonizar los diferentes intereses de los ciudadanos porque si la oposición de los distintos intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, es el acuerdo de estos mismos intereses lo que lo ha hecho posible. Lo que hay de común en estos diferentes intereses que forman el vínculo social; y si no hubiera un punto en que todos los intereses concordaran, ninguna sociedad podría existir (Rousseau, 1994, 32).

La sociedad, debe entonces, gobernarse a través del interés o bien común, no puede haber un gobierno que solo se encargue de los intereses particulares de cada *clase* o *estamento* social, pues de esa forma no se estaría gobernando a través de leyes que son de carácter general, sino solamente a través de decretos particulares que no tienen validez ni legitimidad universal.

Así pues, es claro que en Rousseau se ve una evolución del liberalismo, no solo porque propende por un mínimo de igualdad material, sino también por su defensa del límite al poder del Estado dado por la democracia directa. Sin embargo, esta igualdad material se traduce en el acuerdo entre intereses comunes, que solo sería posible tras una democracia directa, cosa que, al mismo tiempo no es posible y por eso el límite al poder estatal y la garantía de la voluntad general se resume en una división de poderes que controle los desmanes de una democracia representativa. Es decir, aquí puede verse cómo comienza la democracia entendida como poder del pueblo a entramarse con el liberalismo y a parecer que hace parte constitutiva de él, no obstante, también es claro como esto solo es un ideal, ya que la misma

estructura del sistema liberal imposibilita esta relación. En términos modernos, la democracia entendida como poder del pueblo precedió al liberalismo, dado que esta apela a decisiones colectivas, se encierra en un presupuesto antiguo⁸ y no le concede ninguna esfera de protección al individuo, hecho que según Sartori sí hace la democracia moderna. Para este autor, precisamente, la democracia antigua pasa por una superación liberal a través de la cual no se entiende como el ejercicio directo del poder, sino como sistemas de control y limitación del poder, es decir, una democracia *liberal-democrática* tal y como la planteada por Tocqueville, que logró en el siglo XIX superar las discrepancias entre ambos conceptos de cuenta del significado de igualdad social o socialista:

Tocqueville visitaba Estados Unidos en 1831, sin embargo, su democracia en América se edificaba en Francia, en dos volúmenes, en 1835 y 1840 respectivamente. En Estados Unidos, Tocqueville había quedado impresionado por la igualdad “social” de esta democracia; pero Francia veía crecer, en aquellos años, una “igualdad socialista” con otra naturaleza completamente diferente. Inevitablemente las dos experiencias se sobreponen en su libro. Si democracia es, característicamente, igualdad, y si la igualdad se desarrolla a la Blanqui⁹, entonces la democracia llega al “despotismo democrático” y es enemiga del liberalismo”. Pero repentinamente,

8 La democracia antigua debe entenderse como la democracia directa, como la real participación del pueblo en las decisiones que le incumben y que no pasan simplemente por la mera representación constitucional. La democracia liberal es una falacia, en realidad no hay una superación liberal de la misma: “El liberalismo es, pues, incompatible con una democracia ilimitada. Tan categórica afirmación es crucial, toda vez que democracia política y orden económico liberal no se hallan mutuamente implicados; de hecho, ni siquiera tienen por qué retroalimentarse. Es más, en multitud de ocasiones pueden llegar a confrontar. La democracia, aunque sea parlamentaria, garantista y constitucional, aunque respete la división de poderes y la producción de normas esté sujeta a normas, aunque cumpla todos esos requisitos, en efecto, puede degenerar en tiranía y esclavitud en el preciso momento en el que se decida intervenir en la libertad económica, esto es, en el momento mismo en el que se legisle para corregir o rectificar algún resultado producido por la “espontaneidad del mercado” (Blanco, 2015, 492).

9 Louis Auguste Blanqui, revolucionario francés nacido en 1805 y que organizó el movimiento estudiantil en contra de la monarquía napoleónica.

en 1848, democracia y liberalismo ya no son más enemigos, más bien se juntan: la antítesis ya no es más entre liberalismo y democracia sino entre democracia y socialismo. Tocqueville decía, al intervenir el 12 de septiembre de 1848 en la Asamblea Constituyente, durante el debate sobre el derecho al trabajo: ‘la democracia y el socialismo se unen solo por una palabra, la igualdad; pero nótese la diferencia: la democracia quiere la igualdad en la libertad, el socialismo quiere la igualdad en las incomodidades y en la servidumbre’ (Sartori, 2007, 287).

El liberalismo democrático, o la concepción liberal de la democracia, supera el discurso liberal clásico, para un mayor bienestar social y la garantía de los Derechos Humanos teóricamente. La unión de ambas ideas supera, según Sartori, la idea de democracia directa propia de los antiguos y contaminada por el socialismo, de manera que propende por una alternativa que va más allá de la mera salvaguarda de la seguridad de los individuos, sino de la garantía de sus derechos sobre el marco de una igualdad ante la ley estipulada en una constitución, que no debe ser sobrepasada ni siquiera por el Estado:

¿Cuándo es que la democracia es verdaderamente más que el liberalismo? Entendida correctamente “más democracia” quiere decir que la democracia no es únicamente una forma política. En primer lugar, significa que la igualdad social y el bienestar económico son objetivos deseables. También significa que la vida democrática tiene sus raíces últimas en los pequeños grupos, en las relaciones cara a cara y en el “gobierno privado”. En suma, “más democracia” se aplica a la democracia en sentido social en el sentido amplio de la palabra. Democracia social sí es un modo de ser de la sociedad: el ethos de tratarse como iguales. Es también, aunque derivado, el hecho previo y el sustrato en pequeño de la democracia en grande. Pero tiene más contenido social. La democracia social tiende a “democratizar la sociedad” al contenido de justicia o equidad socioeconómica de las normas emanadas por el Estado. Más democracia es, entonces, una política distributiva y redistributiva que se despliega en toda la gama de las intervenciones de arriba y que van de lo “social” al “socialismo” (Sartori, 2007, 296).

Así pues, para Sartori la democracia es un agregado al liberalismo, el agregado social y económico al espíritu político de este último que tiene como base la libertad y su salvaguarda legal. Por este motivo, la garantía de los derechos que los hombres libres poseen debe ser protegida por la Constitución. De ahí que, como lo dice el autor italiano, “el Estado democrático -si está identificado con el nombre que se le da- es el Estado liberal constitucional” (Sartori, 2007, 295).

De lo anterior se puede decir que el liberalismo político en su expresión más clásica, aboga por la libertad ante la ley, lo que les permite a las personas la satisfacción de sus derechos, entre los cuales está, como principal, el derecho a la propiedad. Sin embargo, siguiendo a Sartori, se diría que el liberalismo democrático va más allá, pensando la justicia económica y social sobre la base de una igualdad en la libertad, hecho que no eximiría al hombre de su propiedad, garantizándole estos derechos: libertad, igualdad y propiedad, en un Estado constitucional.

Ahora bien, esta mutación del concepto de democracia en lógica liberal tiene varios matices, y es que, desde el inicio de la teoría liberal clásica, la libertad que se promueve es una libertad aristocrática, por lo que la unión de la democracia al liberalismo, si bien se puede ver de manera positiva, también es una especie de rapto del sentido que desde una perspectiva crítica se le puede hacer a la democracia, en la lucha con esa interpretación aristocrática de la libertad. En efecto, Sartori mencionando a Croce, dice que no desaparece cualquier igualdad si jalamos el hilo liberal, sino que la igualdad liberal es, sobre todo, dirigida a crear, a través de la libertad, aristocracias cualitativas. El liberalismo se apoya sobre la igualdad jurídico-política, llega a un mérito igual, y es opositor decidido de toda igualdad donada y regalada por otro (Sartori, 2007, 290).

Y aunque posteriormente llegará al razonamiento previo sobre la democracia constitucional, la idea de Croce es desde la interpretación del liberalismo clásico correcta, pues la democracia, en ese sentido, no llega a *desaristocratizar* al liberalismo,

por el contrario, le ayuda a mantener este estatus en tanto el concepto de democracia tomado por el liberalismo hace pensar que dentro de un Estado democrático la salvaguarda de los derechos del hombre debe estar en manos del Estado alrededor de una comprensión de la igualdad ante la ley, sin embargo, precisamente hay una participación del Estado en la misma lógica del *laissez faire* que desarrollará la economía del mercado, el capitalismo y una clase específica dueña de los medios de producción. El mismo Sartori va en contra del presupuesto de Adam Smith de que haya una mano invisible que regule la economía del mercado y reconocerá el papel del Estado en la economía¹⁰.

Que quede claro: el Estado y los gobiernos han intervenido siempre en cuestiones económicas. El mismo *laissez faire* fue el resultado de intervenciones contra impedimentos a los cambios; la industrialización ha sido sostenida, en muchos países, gracias a las intervenciones proteccionista, y los “Estados liberadores” intervienen e en el libre mercado para ‘liberarlo de pecados monopolistas y otros males’ (Sartori, 2007, 303).

Ahora bien, la pregunta que subyace es: ¿a través de cuál discurso se hizo esa intervención en la económica que impulsó el capitalismo? La respuesta es: el discurso liberal social o la democracia constitucional. De manera pues que la idea de Sartori sobre el liberalismo democrático claramente repiensa el concepto de democracia, estipulando un discurso de igualdad ante la ley que protege los derechos del hombre en especial la libertad, la igualdad y la propiedad. Sin embargo, esta idea niega hecho de que esta interpretación moderna de la democracia no se une al liberalismo para salvaguardar al hombre de las fallas y dificultades del libre mercado y que les genera violación a sus derechos. En este orden, la teoría crítica, pero en especial la teoría

10 Es imperativo aclarar que para Sartori el papel del Estado en la economía es un papel de protector de los derechos de toda la ciudadanía, es decir, ve en su intervención el carácter social que supera al liberalismo entendido en su acepción más pura, sin embargo, la tesis que se viene defendiendo en este trabajo es que, precisamente, el proteccionismo estatal durante el siglo XIX alentó al surgimiento del capitalismo y el ascenso de la burguesía como case hegemónica.

crítica constitucional rescata la democracia del liberalismo, dándole un valor que, aunque más cercano a las democracias antiguas, le permite al ciudadano luchar por los derechos que el capitalismo de libre mercado le vulnera y usurpa.

Teoría crítica constitucional: la verdad tras el discurso de la democracia y los Derechos Humanos

Tal y como lo plantea Slavoj Žižek, la política logra concretarse en un juego de lucha de poderes cuando se establece un discurso que, siendo particular, se convierte en universal y logra hegemonizar los significantes que articulan a la sociedad (Žižek, 1989). Es decir, según el autor esloveno, ningún discurso político logra articular las demandas sociales en su totalidad, y siempre uno de ellos logrará hacerse dominante en tanto sus ideas nunca son expuestas directamente como las ideas preponderantes, por el contrario, estas aparecen de manera abstracta, de una manera en la cual el contenido permite la incorporación de una serie de rasgos en los cuales la mayoría explotada puede reconocer sus auténticos anhelos.

En este orden, y si tenemos presente lo planteado por Frank Hinkelamert (2002) respecto de los derechos humanos cuando dice que el derecho humano fundamental que reclamó la burguesía en nombre de la sociedad civil fue, básicamente, el derecho de propiedad privada, y que una vez conquistado pasó a jerarquizar todos los demás derechos humanos, es menester decir que este derecho era precisamente aquel reivindicado por los campesinos y aristócratas en la revolución francesa, pues la propiedad como un concepto universal que precisaba la libertad e igualdad en derechos para ser posible, respondía a las demandas sociales de la época, cuando esta no podía ser legal para todos.

De esta manera, como lo dice Etienne Balibar, las ideas dominantes no son precisamente las de la clase dominada, en este caso la burguesía, sino aquellas de los dominados (Balibar, 1997), aquellas con las cuales ellos se sintiesen identificados, aquellas que presentan un discurso para todos, y por ello, se apoyan, se respetan y se encostran formando un discurso donde “todos” caben de una manera fantasmática.

En este sentido, el discurso liberal de los derechos del hombre protegido por un Estado de derecho, fue la creación e impulso particular en una época determinada, de una clase social a la que le era favorable para sus intereses, hecho que se veló -no intencionalmente- con un discurso abstracto que, al recoger las demandas del pueblo y movilizándolo sensibilidades, se invistió de universalidad.

¿Cuál es la virtud intrínseca de estos universales? ¿Cómo y por qué funcionan? De acuerdo con el liberalismo, primero se trata de conceptos racionales de los cuales se desprenden estatutos positivos, lo cual supone, segundo, que cada categoría o subproducto que se derive de ellos (justicia constitucional, democracia representativa) llegan a ser lo que son pues traen incorporado el código genético de sus palabras claves, se trata de derivaciones lógicas y pacíficas que extienden y prolongan el contenido único de sus universales. Lo cual implica, tercero, que dichos universales no requieren otra convalidación que la que otorga su propia estructura interna y que cualquier problema de validez de sus subproductos se resuelve al retrotraer la cadena a su origen. Para el liberalismo, entonces, todo problema se resuelve en el terreno de la validez (Sanín, 2011, 34).

La idea de derechos universales se erige así pues como hegemonía política, postrando la política a su ámbito, a su narrativa, a su discurso que al parecer contiene a la historia en sus totalidades, la organiza, la explica, y finalmente le da un rol al hombre en el mundo a través de este. Los universales liberales no solo ordenan cada uno de los discursos y derivaciones hasta sus más íntimos resquicios y condensan el enlace de todos los discursos nacidos de su tradición y garantizan que actúen de forma simétrica y pareja, sino que el plan universalista va más allá,

se trata de marcos que son neutrales y acabados en sí mismos, que no resisten ningún tipo de reto, ni ético, ni estético, ya que ellos marcan el inicio del lenguaje, en ellos el lenguaje se programa como elemento puro y simplificado que otorga sentido a todo el sistema que, curiosamente por su virtud, se sobreentiende a sí mismo (Sanín, 2011, 35).

Lo universal en este sentido, lo universal liberal, en el intento de totalización pareciera un marco neutro donde no hay tensión y se recogiera un sinnúmero de particulares, sobre todo con la idea de Derechos Humanos. Empero, el universal, por el contrario, divide, separa, escinde, pues el universal es tal cuando logra encarnar un contenido particular como este. Es decir, de las luchas que se dan por significar el universal, el liberalismo y su particularidad lo ha caracterizado diferentes, ha llenado lo que se denominará el *significante vacío*¹¹ excluyendo cualquiera contenido particular que no se adapte al liberalismo, dejándolo por fuera, y condenándolo como dice Sanín hasta de “terrorista”. De tal manera, el fracaso del universal parece ser la universalización de un particular que deja por fuera contenidos que no encajan con el significante vacío de la narrativa liberal que suplanta el universal y destierra a otros significantes. No obstante, esto no quiere decir entonces que el universal no funcione, por el contrario esta es su lógica y su pretensión dentro de la ideología.

Todo lo anterior no significa que, dada la falacia de lo universal este no funcione, por el contrario, funciona demasiado bien, de eso se trata toda la mecánica liberal: de sembrar un sentido de realidad a partir de ilusiones básicas que llenan de contenido nuestras vidas; la ilusión es el escenario donde vivimos, donde nuestros mundos quedan desolados y partidos, definidos y clausurados, precisamente el gran truco es hacernos sentir esa ilusión como algo inevitable, intransferible, invencible (Sanín, 2011, 37).

11 Este concepto de carácter complejo que tiene un matiz psicoanalítico y fue creado por Laclau para hablar de la construcción política del pueblo, podría describirse con una parte de la conversación entre el autor en cuestión y Jorge Alemán en el año 2003: ¿Qué sería un significante vacío en el sentido más literal del término? Sería un significante al cual no le correspondería ningún significado. Pero un significante

sin relación con el proceso de significación, no pertenecería en absoluto al orden significante, sería simplemente una secuencia de sonidos. De modo que, si tenemos algo que podemos llamar un significante vacío, deberemos descubrir otra cosa: de qué modo dentro del proceso mismo de la significación, un vacío –que es inherente al acto significante mismo– puede llegar a ser positivo. Y en ese sentido, el significante vacío es el significante de la vacuidad, no es un significante que carezca de relación con el proceso de significación. ¿Cómo plantear la emergencia posible de un significante vacío? [...] en el lenguaje no hay términos positivos sino sólo diferencias. Para entender lo que significa el término padre yo necesito entender lo que significa el término madre, hijo, etc. Y como todos los términos del lenguaje se relacionan diferencialmente unos con los otros, la totalidad del lenguaje está involucrada en cada acto singular de significación. Esto nos crea un primer problema teórico, ya que, si la significación va a tener lugar a partir de esta distinción diferencial, la totalidad del mundo significante tendría que ser una totalidad cerrada. De lo contrario, lo que ocurriría es que la significación se esparciría en una pluralidad de direcciones y, siendo el lenguaje esencialmente diferencial, ningún acto significante sería posible en lo utilitario. Ahora bien, si nosotros vamos a definir el conjunto del universo significante como una cierta totalidad, como una cierta universalidad –y aquí comienzo utilizando un término que va a ser recurrente en nuestra discusión–, si esta totalidad va a ser una totalidad autosuficiente definida en torno a sí misma, en ese caso lo que tengo que hacer es definir los límites de esta totalidad significante. [...] Pero esto inmediatamente plantea el siguiente problema: que si lo que está más allá de los límites es una diferencia más, y lo que estamos tratando de definir es el sistema de la totalidad de las diferencias, esa diferencia más tendría que ser interna y no externa respecto al sistema, [al parecer] también tiene que existir algo externo al límite. ¿Cómo solucionar este problema de que lo externo al límite no sea una diferencia más? La única solución posible es si esto pertenece, por su naturaleza, a una exclusión; [...] y los elementos que pertenecen al campo positivo de lo diferencial son equivalentes unos respecto a los otros en lo que respecta a su relación con el que existe en un momento exterior. Ahora bien, una relación de equivalencia es exactamente lo que subvierte una relación diferencial; o sea, que cada identidad aparece aquí constituida sobre la base de dos tipos de relaciones que son incompatibles entre sí, sin poder resolverse esta incompatibilidad en ningún sistema lógico coherente. Nos encontramos entonces con un objeto que es a la vez imposible y necesario. Es imposible por el hecho de que las relaciones de equivalencia y diferencia no se pueden engarzar las unas a las otras en una estructura lógica coherente. Es necesario porque sin este último objeto totalizante no habría una relación de significación, la significación sería imposible. ¿Tenemos algunos objetos en la historia del pensamiento que son a la vez imposibles y necesarios? Sí, los tenemos; por ejemplo, en el caso del nómeno kantiano, que es un objeto que se muestra a través de la imposibilidad de su representación adecuada. Una vez establecido esto, el problema que se nos plantea es: ¿cómo pensar esta relación a la vez imposible y necesaria? Si el objeto es necesario, va a tener que tener algún tipo de acceso al campo de la significación. Si el objeto, sin embargo, es imposible, esa representación va a tener que ser necesariamente una representación distorsionada. [...] Ahora bien, ¿cuáles son los medios de representación con los que contamos dentro del sistema? [...] La representación de este momento totalizante sólo es posible si un cierto objeto, si una cierta particularidad asume la representación de una totalidad que es completamente inconmensurable respecto a sí misma. Este tipo de relación –por la cual la particularidad asume una función universal de representación– es exactamente lo que yo llamo la relación hegemónica. Hay hegemonía siempre que se da esta negociación –en última instancia imposible– entre lo particular y lo universal. Para darles otro ejemplo concreto, que hemos utilizado en Hegemonía y estrategia socialista. Para ejemplificarlo tomaré algo de Rosa de Luxemburgo. Ella describe la situación del zarismo en Rusia: un régimen altamente opresivo separado por una frontera fundamental del resto de la sociedad. En esta situación, en una cierta localidad un grupo de trabajadores empieza una huelga por el alza de salarios. Ahí ustedes tienen una

diferencia e imposibilita otro tipo de organización política, por tanto, la democracia debe ser entendida en su cauce, sin acepciones que lo interpelen, que lo refuten o pongan en duda su aparente ilusoria realidad. Basado en el imperativo de la razón se impuso tanto violentamente -por ejemplo en América Latina¹²- como ideológicamente a través de los diferentes aparatos ideológicos del Estado.

reivindicación primera, pero esa reivindicación primera aparece dividida desde el comienzo, porque por un lado es una reivindicación de carácter particular y, por otro lado, como tiene lugar en el contexto altamente represivo del zarismo, aparece vista como un ataque general al sistema. Entonces en otra localidad, eso da lugar a que, por ejemplo, los estudiantes empiecen una serie de manifestaciones contra la disciplina en los establecimientos educativos. De nuevo, esta demanda aparece dividida. Las dos primeras demandas desde el punto de vista de su particularidad son completamente diferentes, pero desde el punto de vista de su oposición al sistema, pasan a ser equivalentes.

Y después, en una tercera localidad surge otra demanda, por ejemplo, la de políticos liberales que inician una campaña de barricadas por la libertad de la prensa. Así, ustedes ven que esta cadena de equivalencias comienza a expandirse. Ahora bien, en cierto momento es necesario unificar, representar este momento de la cadena de equivalencias como totalidad. ¿Cuáles son los medios de representación? Son estas demandas parciales. Entonces, una cierta demanda asume esa función hegemónica de carácter más general. Y ustedes ven por qué el significativo vacío tiene necesariamente que surgir: porque cuanto más expansiva sea la cadena de equivalencias, tanto más la función simbólica de la demanda originaria va a representar una totalidad que la supera en todos los niveles, y tanto más difusa va a ser la relación con su particularidad originaria (Laclau, 2003).

12 El discurso del liberalismo democrático llegó a Latinoamérica y estableció ideales revolucionarios e independentistas. En efecto, la idea de derechos del hombre protegidos por el Estado fue el discurso emancipatorio, y posteriormente el establecimiento de los diferentes regímenes políticos giró en torno a la organización del Estado y la división de poder dentro de este, pero nunca se cuestionó el régimen liberal constitucional y democrático. Iberoamérica, con una formación diferente a las colonias inglesas contaban con un desarrollo incipiente, España extrajo recursos de sus colonias sin industrializarlas o dejar que se formara una propia clase industrial. El discurso liberal democrático se encontró con unas condiciones casi feudales en sus colonias, donde la ruralidad era la constante con una clase terrateniente arraigada a su tierra y un campesinado imbuido por presupuestos religiosos que le hizo ver, incluso en el discurso liberal, herejía. A pesar de lo anterior, al margen de estas condiciones se formó una especie de unión entre las oligarquías burguesas y terratenientes que se conectaron con el mercado global y fueron claves en el desarrollo capitalista de los países liberales democráticos del norte. “Durante el siglo XX, América Latina ha permanecido en gran medida aprisionada en el nudo histórico formado por el entrelazamiento entre las cuestiones de nación, identidad y democracia; cuestiones y problemas que, en otros contextos, como los europeos, se sucedieron en etapas. El des-enlace o corte de tal nudo histórico pareció comenzar con la revolución mexicana; pero la derrota de la revolución democrático-nacional en los demás países, no solamente no resolvió el problema, sino que abrió una crisis de poder no resuelta, cuya más

El liberalismo democrático se unifica en un discurso que esconde las contradicciones propias de la sociedad, es la idea particular que simboliza el significativo vacío donde la unidad final solo puede simbolizarse, es la lucha política ganada y establecida. De esta manera, los Derechos Humanos se convierten en sintagmas propios de la sintaxis liberal, se universalizan para llevar un particular que tiene como finalidad la economía capitalista sin chistar. Desdibuja al hombre de manera holística y le impone la igualdad de condiciones sin ser así, una igualdad de condiciones ante la ley que como dice Sanín, llevan al sujeto a una reducción de su papel como ser humano.

El gran peligro del universalismo liberal en cuanto a los Derechos Humanos es que, de un lado exige el aplanamiento de la identidad individual a los tipos precisos del universal, así mientras que la identidad individual es un cúmulo y entrecruzamiento casi infinito de planos psicológicos, sensuales, estéticos que hacen del ser humano una identidad imposible y con un alto contenido simbólico, los derechos exigen que para su entrada en el teatro de la operatividad ese sujeto sea comprimido a un código singular normativo, hacen de esa travesía única una experiencia de reducción, de adelgazamiento a una definición procesal precisa e ineludible, la teoría de los derechos exige domar toda esa riqueza y monumental diversidad a un código semiótico definible, es el cierre de identidades y su conversión en esencias previas, predefinidas que están claramente por fuera del sujeto y que corresponden a experiencias vitales ajenas al individuo (Sanín, 2011, 45).

Claro que no se puede negar que esta universalidad del liberalismo, del cual hacen parte los Derechos Humanos como universales, ha hecho posibles reivindicaciones sociales que han llevado a una ampliación constitucional del espectro de garantías socio-culturales ciudadanas. No obstante, al concretar un orden como principio que fija todo bajo el fetiche del Estado de liberal, se crea un

ajustada expresión es, seguramente, la perduración de ese peculiar animal político, especialmente latinoamericano: nacionalista-populista-desarrollista-socialista, cuyos componentes se combinan de muchos modos en cada país y en cada situación” (Quijano, 2014, 81).

paquete de premisas que representan el orden mismo con un marco neutral desde el cual actuar, es la ruta perfecta para arrancar la democracia del poder, la manera como este queda borrado de la historia, la forma en que el sistema se blindó y se convirtió en un orden que borra la posibilidad de diálogo por fuera del monólogo que impone (Sanín, 2011, 54).

La filosofía política liberal ha justificado entonces en nombre de los Derechos Humanos la justicia constitucional hablando de asistencia social para poder garantizar la propiedad privada. Ha subsumido la democracia para disfrazarla y legitimar el liberalismo, ocultando que no existe alguna relación real entre libertad y democracia más que la usurpación de la primera sobre la segunda para justificar el sistema económico capitalista y dejar al pueblo sin voz. Fue entonces precisamente esta interpretación burguesa de la democracia que, junto con el liberalismo, dieron comienzo al desarrollo acelerado del capitalismo y a la posibilidad de expandirse a nivel internacional al establecerse como discurso político en diferentes partes de planeta. Como un discurso universal negó las particularidades¹³ de estos lugares que pretendían llenar el significativo vacío, ocupándolo así el presupuesto liberal y democrático que logró con ello un capitalismo de libre mercado y hoy lo está llevando a su máxima expresión.

Tras lo anterior, la política como lugar de lucha, como espacio de confrontación de intereses, sensibilidades y subjetividades que logren hegemonizar el discurso

13 En su texto *Revoluciones sin sujeto*, Santiago Castro Gómez explica cómo este proceso del paso de un particular a un universal no parte únicamente de unas reivindicaciones aisladas por diferentes demandas sociales. Este explicita cómo se precisa cuando la protesta está dirigida a una reestructuración social en su conjunto. En este caso, podríamos decir cuando la protesta estuvo dirigida a las dinámicas estructurales de la realeza medieval en contravía de la propiedad privada y los derechos que la hacen posible. Castro Gómez en su libro explicita este proceso hoy en contra del capitalismo: “La política en el sentido positivo de la palabra, no es una simple modificación de las cosas al interior de lo ya dado, sino que invoca la producción de un corto circuito entre lo universal y lo particular. Lo cual quiere decir que si el capitalismo es percibido como lo universal de nuestro tiempo (el gran otro) lo que necesitamos es la aparición de un particular que desestabilice este universal y perturbe la fantasía que lo sostiene. Pero este particular al que se refiere Žižek no es un grupo que eleve demandas de un grupo en nombre de sí mismo (gay, lesbianas, ecologistas) sino en nombre de toda la sociedad. En este caso el acto político se produce

universal, como aquella que coloca el asunto de la democracia como un asunto político desapareció. Por ello, la vuelta a este concepto como real proceso de emancipación, desligado de la idea liberal de ser una decisión de la mayoría traducido en un proceso democrático, es lo único que permite la superación de lo típico y de lo establecido que va en contra del pueblo real y sus necesidades.

¿Qué es, para Ranciere, lo verdaderamente político? Un fenómeno que apareció, por primera vez en la Antigua Grecia, cuando los pertenecientes al *demos* (aquellos sin un lugar claramente definido en la jerarquía de la estructura social) no solo exigieron que su voz se oyera frente a los gobernantes, frente a los que ejercían el control social, esto es, no solo protestaron contra la injusticia (*le tort*) que padecían y exigieron ser oídos, formar parte de la esfera pública en pie de igualdad con la oligarquía y la aristocracia dominantes, sino que, ellos, los excluidos, los que no tenían un lugar fijo en el entramado social, se postularon como los representantes, los portavoces de la sociedad en su conjunto, de la verdadera universalidad (“nosotros, la ‘nada’ que no cuenta en el orden social, somos el pueblo y Todos juntos nos oponemos a aquellos que sólo defienden sus propios intereses y privilegios”) (Žižek, 2008, 25).

En esta cita, aunque escrita por Slavoj Žižek, un autor de Eslovaquia, encontrará en Ricardo Sanín Restrepo, jurista colombiano, una idea compartida sobre la relación intrínseca entre democracia y política como la verdadera posibilidad de lucha del pueblo, o de esos que en la cita aparecen como los “parte sin parte”, aquellos a los que se intenta adaptar a la universalidad preestablecida, o lo que es igual, a quienes se les pretende dar rol social dentro de un contexto ya estructurado. En efecto, en su libro *Teoría crítica constitucional* publicado en el año 2011, mostrará cómo el constitucionalismo, imperio de la ley y de la representación del pueblo, en vez de darle más fuerza a la reivindicación de los derechos en su unión con el liberalismo, hace

cuando una demanda particular empieza a funcionar como una condensación de un rechazo global al capitalismo, es decir, cuando una protesta deja de referirse tan solo a la demanda de un grupo particular y adquiere una dimensión universal” (Gómez, 2015).

que se reinterpreté la democracia y se trasfigure de manera que llega solo a favorecer a una sola clase social, específicamente, a los dueños de los medios de producción.

Es decir, a pesar de que el constitucionalismo, en tanto teoría, busca garantizar que no se trasgredan los derechos humanos y parezca favorecer así a la población civil representada en la ciudadanía, en su relación tan íntima con la ley, hace que solo se protejan los derechos de quienes se adaptan al universal que es el discurso de los derechos liberales, negando la politización de la sociedad, y con ello la garantía real de los derechos. Por este motivo, es que el autor en su libro intentará rescatar la democracia del liberalismo, mostrando la falacia del constitucionalismo como concepto usurpado por la doctrina liberal, que estableciendo como último punto la ley, determina el lugar de acción de los jueces a partir del contenido discursivo del derecho liberal que entiende los derechos fundamentales a partir de un modelo acabado que anula la diferencia tras su universalidad de igualdad de derechos para todos.

El constitucionalismo y la entrega que este hace de la defensa de los derechos a los jueces no es más que una falacia ideológica, pues, lejos de haber formulado una nueva utopía emancipatoria, la adopción entusiasta de este nuevo constitucionalismo en realidad encubre el viejo mito platónico, mesiánico y aristocratizante, que en su miedo a la multitud le entrega el poder a una pequeña camarilla de sabios elegidos, en este caso los jueces, quienes en el modelo neoconstitucionalista ostentan la capacidad de administrar la vida social a partir de su poder de ordenar a todos los “poderes”, particularmente al poder constituyente sobre cómo debe ser y comportarse la sociedad, en un muestra de decisionismo acrítico que tan solo obedece a los imperativos de la política (Sanín, 2011, 12).

Así pues, en aras de la limitación y control del poder que pudiese permitir la igualdad en la libertad, la democracia legitima la adjudicación judicial a esta camarilla de sabios que, se supone, velarán por los mismos. De ahí que Sanín sea claro al respecto cuando plantea que el liberalismo como tendencia a la defensa de obtención libre de la propiedad en el mercado, genera en su quehacer una dificultad, y es que, unido con su hermano

menor, el constitucionalismo, tiende a entramparse en la lógica del mercado que todo lo ve en los términos maniqueos del costobeneficio; mientras que la democracia en nuestra realidad se está transformando en la dictadura de la mayoría, o lo que es peor en palabras de Bourdieu, en la lógica del capital simbólico¹⁴ (Sanín, 2011, 16).

Por lo anterior, y si se tiene en cuenta el siguiente planteamiento de Žižek cuando señala que aunque la disolución de las referencias tradicionales sea el motivo clásico de la modernización capitalista del siglo diecinueve descrito numerosas veces por Marx (el credo del “todo lo sólido se desvanece en el aire”), el eje principal del análisis marxiano es que esa inaudita disolución de la totalidad de las formas tradicionales, lejos dar paso a una sociedad donde los individuos rigen colectiva y libremente sus vidas, ‘genera su propia forma de desarrollo’, un desarrollo anónimo enmascarado por las relaciones de mercado (Žižek, 2008, 77).

Dado esto, se podrá entonces entender que el constitucionalismo legitimará esta lógica de libre mercado, en la medida que usurpa el papel de la democracia que, en tanto capital simbólico y decisión de la mayoría, lo inviste de poder para hacerlo. Es decir, la idea de un mercado dirigido por el gran otro, o inteligencia colectiva, será lo que ideológicamente determinará las condiciones económicas y, con ello, las condiciones sociales de ese entramado de ciudadanos que le dejan su poder a *la camarilla de sabios* que así lo definen.

14 Este término fue acuñado por Pierre Bourdieu en 1973. Es un concepto complejo tal y como dirá José Manuel Fernández pues “la noción construida de capital simbólico tiene un sentido muy preciso en la obra de Bourdieu. Esto no significa que sea fácil captar su significado, pues se trata de un concepto relacional que no puede entenderse al margen de las otras categorías que constituyen el núcleo de su teoría de la práctica. Siempre reacio a las definiciones y a las grandes teorías, Bourdieu quería que las nociones que iba construyendo en estrecha relación con sus investigaciones empíricas se interpretasen dinámicamente, como parte de un proceso incesante de aproximación a la realidad.” (Fernández, 2013, 35). A pesar de lo anterior, se puede hacer una aproximación al concepto en tanto él lo define como “el capital simbólico es cualquier propiedad (cualquier tipo de capital, físico, económico, cultural, social) cuando es percibida por agentes sociales cuyas categorías de percepción son de tal naturaleza que les permiten conocerla (distinguir) y reconocerla,

Conclusiones

Las causas de la desigualdad social no son ya la acumulación privada de riquezas dentro del libre mercado, ni las lógicas de producción capitalistas y sus contradicciones cíclicas; las democracias liberales de la mano del constitucionalismo harán ver como principio de la violación a los Derechos Humanos o fallas de este sistema, la mala implementación del mismo al dejar al Estado intervenir en los procesos económicos. Los resultados de la economía capitalista en lógica de libre mercado, al entenderse como por fuera del accionar humano, no le dejan espacio a la crítica y a la reivindicación de las violaciones que este sistema puede cometer, y basándose así en una idea que, de entrada, cercena toda crítica y según la cual los derechos son facultades previas a la sociedad y al Estado, libertad, democracia y Estado de derecho, se cierran a la historia en tanto se consolidan ideológicamente para explicar la totalidad. Se convierten en conceptos de un discurso desde el que puede devenir toda aplicación, entre estas, el accionar del sistema económico.

Ahora bien, el poder original no proviene de ninguna estructura ontológica universal y La *grundnorm* (Constitución) como universal no es más que un particular finito que reclama el lugar de lo absoluto luego de una imposición violenta ideológica. Si se toma la democracia literalmente, en su aspecto constitutivo y ordenador más radical, desaparece de un soplo la suposición kelseniana y el espacio político/jurídico se reabre para los sujetos políticos. La Constitución ni ordena, ni une al pueblo, el pueblo ordena su unidad política mediante la Constitución. La Constitución no es el origen del poder, sino su consecuencia. El sujeto (pueblo) no es creado por el objeto (norma fundamental), sino a la inversa (Sanín, 2011, 69).

Por tal razón, lo que se pretende es hablar de una democracia popular, que permita romper con la visión tradicional sobre el proceso de interpretación según la cual los tribunales tienen un marcado protagonismo, recordando el papel político

conferirle algún valor” (Bourdieu, 1997, 107). De ahí que, el concepto de reconocimientos sea fundamental en la obra de este autor, pues en tanto haya este por parte de los agentes sociales podrá ser eficiente.

que se puede jugar a través o más allá de las instituciones y que en realidad supere la visión economista establecida en el contenido de los derechos humanos a favor del pueblo (Niembro, 2013, 222).

De ahí entonces que, se precisa una vuelta al constitucionalismo como poder constituyente y no constituido, se precisa que aquel se revista con el carácter político que realmente le pertenece, de manera que se pueda lograr realmente una democracia en la que haya una participación activa del pueblo frente a las decisiones que lo afectan en su integridad, sin cerrarles la puerta a sus demandas con un supuesto sistema acabado y perfecto en el que el liberalismo político tradujo la constitución, beneficiando con ellos el contenido discursivo abstracto que se consolidó en los derechos y sigue siendo benéfico para las clases más favorecidas.

Referencias

- Balibar, É. (1997). *La Crainte des masses. Politique et philosophie avant et après Marx*. Paris: Galilée.
- Bermudo, J. (1998). Libertad, igualdad y justicia en Hobbes. *Ideas y Valores*, 47(108), 56-74.
- Blanco Jiménez, F. J. y Romero Ania, A. (2008). Europa: estructura institucional para la seguridad desde la paz de Westfalia. *Barataria*, (9), 103-126.
- Blanco, J. (2015). República y economía: un análisis de la relación siempre conflictiva, y acaso antagónica en el límite, que se da entre un sistema económico de libre mercado y la institucionalidad política democrática. *Sociología Histórica*, (5), 471-508.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.
- Fernández, J. M. (2013). Capital simbólico, dominación y legitimidad. Las raíces weberianas de la sociología de Pierre Bourdieu. *Papers*, 33-70.
- Gómez, S. C. (2015). *Revoluciones sin sujeto. Crítica del historicismo posmoderno*. México: AKAL.
- Hinkelamert, F. (2002). *Crítica a la razón utópica*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Hobbes, T. (2005). *El Leviatán*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Laclau, E. (2003). ¿Por qué los significantes vacíos son importantes para la política? (Escuela de Orientación Lacaniana, Entrevistador) Recuperado de: http://wapol.org/fr/las_escuelas/TemplateImpresion.asp?intPublicacion=4&intEdicion=1&intIdiomaPublicacion=5&intArticulo=303&intIdiomaArticulo=1
- Laski, H. J. (1953). *El liberalismo europeo*. México: Fondo de cultura económica.
- Locke, J. (2003). *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa.
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, (38), 191-224.
- Quijano, A. (2014). *Textos de fundación*. Argentina: Signo.
- Rousseau, J. J. (1994). *El contrato social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sanín, R. (2011). *Teoría Crítica Constitucional*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Sartori, G. (2007). *¿Qué es la democracia?* México: Taurus.
- Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Madrid: Trotta.
- Zizek, S. (1989). *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Žižek, S. (2008). *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur.

LA CONCILIACIÓN EN PROPIEDAD INTELECTUAL: UNA MIRADA DESDE LA CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

SEBASTIÁN ARBOLEDA CARDONA¹, ADRIANA PATRICIA ARBOLEDA LÓPEZ², MAURICIO ECHEVERRI GUTIÉRREZ³, ALBERT CORREDOR GÓMEZ⁴

469

Resumen

La propiedad intelectual presenta una tensión entre el control privado de las creaciones y la posibilidad de acceso de los ciudadanos a su disfrute. La economía globalizada generó un flujo de información, conocimiento y

1 Abogado. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario de Colombia. Estudios de Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías, Docente área del derecho comercial -Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo: sarboleda@americana.edu.co

2 Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Posdoctora en Educación, Investigación Compleja y Transdisciplinar. Magíster en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Abogada Conciliadora. Docente investigadora, Miembro del grupo de investigación en Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Correo: aarboleda@americana.edu.co

3 Docente de la Facultad de Ciencias, Económicas, Administrativas y Contables de la Corporación Universitaria Americana. Correo: mecheverri@americana.edu.co

4 Rector de la Corporación Universitaria Americana -Sede Medellín. Investigador asociado al Grupo de investigación GISELA de la misma Institución. Correo: alcorredor@coruniamericana.edu.co

técnicas que se expandieron con celeridad, fijando, como tareas a los países, la regulación y protección de las invenciones tanto como a sus consumidores. Esta situación produce conflictos de apropiación y uso, que tienen para el caso colombiano una alternativa de solución mediante la conciliación, orientada por la Ley 640 de 2001 para encontrar soluciones transformadoras en materia de propiedad intelectual.

Palabras clave: propiedad intelectual, conciliación, libre competencia, consumidor, diálogo, derechos, justicia.

Introducción

470

La propiedad intelectual es una herramienta de crecimiento de la nueva economía en su fase de globalización. El conocimiento, la inventiva y el intelecto son intangibles que generan valor agregado a productos y creaciones del mercado, promoviéndose como un sector vigoroso, que propicia el desarrollo y del cual se proyecta crecimiento. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI- (1967) la refiere como “las creaciones de la mente, como las invenciones; obras literarias y artísticas; diseños; símbolos, nombres e imágenes usados en el comercio”, esta propicia la innovación y la creación, que anclada a las políticas de investigación y ciencia, abren otro nicho de mercado, donde se ven tanto beneficios como conflictos, esta rama de la producción genera situaciones de controversia, litigios por intereses encontrados, pretensiones y reclamos.

La propiedad intelectual ha exigido una protección, que “se logra mediante un conjunto complejo de normas y regulaciones que no establecen derechos de propiedad eternos y absolutos, sino temporales y sujetos a una serie de limitaciones y excepciones” (Díaz, 2008, 19), no obstante, por las características de la información

y los inventos, la normatividad que se ha construido se presenta como un factor de equilibrio entre el control privado y el acceso social (Lessig, 2006).

Entre tanto, América Latina, en materia de propiedad intelectual, ha seguido los lineamientos de la Convención de París de 1883 en materia de propiedad industrial y el Convenio de Berna de 1886 sobre la protección de derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas (Márquez, 2004). Luego, con el convenio para la creación de la Organización Mundial del Comercio -OMC-, se acuerda en los documentos anexos el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relaciones con el Comercio -ADPIC- (1994) que marcaría un derrotero para la adecuación de la legislación en la materia para los países latinoamericanos.

Para este tema, la Comunidad Andina de Naciones “conformada por órganos e instituciones que están articuladas en el Sistema Andino de Integración creado en 1996”, tiene en el Acuerdo de Cartagena el objetivo de armonizar las políticas económicas y compatibilizar las legislaciones, así Perú, Ecuador, Bolivia y Colombia frente a la propiedad intelectual tienen:

- 1) Decisión 351 del 17 de diciembre de 1993: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos;
- 2) Decisión 391 del 2 de julio de 1996: Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genético;
- 3) Decisión 486 del 1 de diciembre de 2000: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Al respecto es necesario realizar una aclaración sobre el entendimiento de la composición de la conceptualización propiedad intelectual, toda vez que las normas derivadas sobre su protección se aplican sobre campos muy bien diferenciados y tradicionalmente esquematizados, a saber: el derecho de autor y la propiedad industrial (IERED). Por derecho de autor se entiende “un sistema jurídico que

brinda protección a las obras literarias, artísticas y musicales; esta disciplina les otorga a los autores facultades morales y patrimoniales sobre sus obras de manera originaria y exclusiva” (Cavajilca y Carlier, s.f., 6) y por propiedad industrial una rama que se ocupa de aspectos comerciales, soluciones técnicas e información confidencial de gran valor para el empresario y que otorga la diferencia competitiva como lo son los secretos empresariales e industriales “un conjunto de derechos que puede poseer una persona física o jurídica sobre una invención, un diseño industrial, un signo distintivo” (SIC, 2018).

En este contexto, Colombia ha fortalecido la protección a la propiedad intelectual, siendo parte de la oleada de la firma multilateral de convenios y tratados después de la conformación de la OMC. El país ha sido diligente en la integración de la regulación en la materia, con nueve tratados de propiedad intelectual y un convenio de registro, como lo muestra la tabla 1.

En virtud de lo anterior, Colombia ha construido una institucionalidad desde el año 1968, con la expedición del Decreto 2974 del 03 de diciembre de 1968 por el cual el Gobierno Nacional cambió el nombre del Ministerio de Fomento, por el de Ministerio de Desarrollo Económico, creando la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-. Para los años 90 con el denominado “proceso de modernización estatal” emprendida en la presidencia de César Gaviria, la nueva Constitución Política y los cambios institucionales definieron funciones a otras entidades como la promoción de la iniciativa privada, la eliminación de trámites y requisitos que habían recaído en la Superintendencia de Industria y Comercio (Plata López y Cabrera Peña, 2011, 97). Respecto de la regulación en competencia desleal la Ley 446 de 1998 le asignó la autoridad para adoptar medidas cautelares frente a las conductas de prácticas comerciales restrictivas; además para la protección del consumidor, la SIC recibe funciones para ordenar el cese de la publicidad engañosa, así como la garantía de protección al consumidor, lo que configura la SIC como institución y autoridad competente en la materia.

Tabla 1. Tratados multilaterales de propiedad intelectual suscritos por países de América Latina y el Caribe

Subregiones de América Latina y el Caribe	Número de países	Tratados de propiedad intelectual ^b	Convenios de registro ^c	Convenios de clasificación ^d	Total	Tratados suscritos después de 1994
Brasil	1	8	1	1	10	2
México	1	10	3	4	17	10
Argentina	1	9	0	0	9	4
Caribe	15	62	20	15	97	74
Resto de América del Sur	6	38	1	4	43	28
Chile	1	9	0	0	9	4
Colombia	1	9	1	0	10	8
Costa Rica	1	8	2	0	10	7
El Salvador	1	7	0	0	7	5
Nicaragua	1	9	2	0	11	10
Guatemala	1	7	0	0	7	5
Honduras	1	7	2	0	9	6
Perú	1	9	1	0	10	6
Panamá	1	9	0	9	9	6
República Dominicana ^e	1	7	0	0	7	4
Países que han suscrito TLC con Estados Unidos	10	81	8	0	89	61
Total América Latina y el Caribe	34	208	33	24	265	179

Fuente: Díaz, 2008, 77.

Naturaleza jurídica de la Conciliación en la propiedad intelectual

La Constitución Política de Colombia de 1991 ha establecido un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual. Este entramado puede ubicarse desde el artículo 15 atinente a la protección de datos:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen

derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 15).

Y su protección está amparada en la Ley 1266 de 2008, conocida como Ley de Habeas Data, la cual se aplica a todos los datos personales financieros, crediticios, comerciales y de servicios registrados en un banco de datos, sumada a la Ley 1581 de 2012 que arguye la protección aplicable a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptible de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

Además, la protección del intelecto humano y la materialización de sus ideas, hacen parte de un recurso renovable que fomenta el desarrollo económico. Por tanto, la diversidad cultural se debe fomentar, con el fin de tener aportes, generación de conocimiento, preservación cultural heterogénea, que permitirá un desarrollo sociológico integral que mantendrá nuestra identidad como nación. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, como se estipula en el artículo 8.

El artículo 58 de la Constitución de 1991, expresa acerca de la propiedad industrial que “se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, y el artículo 61 de la misma señala que “el Estado protegerá la propiedad intelectual por tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, que será administrada por la SIC para la concesión de derechos sobre nuevas creaciones. En línea con el anterior, el artículo 150 en su numeral 24, asigna al congreso la regulación “del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual” y al presidente bajo el artículo 189 en su numeral 27 “conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley”.

Aunado a lo anterior, pero referente a la protección del consumidor, la Constitución en el artículo 78 regula este importante actor del mercado “la ley regulará el control de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización” desarrollado en la Ley 1480 de 2011, Estatuto del consumidor. Toda vez que los derechos del consumidor priman sobre los intereses de los titulares de activos intangibles protegidos por la propiedad intelectual. Por tanto, no será una propiedad absoluta.

Para configurar el marco constitucional, en los artículos 333 y 334 se define la libre empresa e iniciativa privada como un puntal de la economía, sin que nadie excepto la ley disponga de condicionamientos para el desarrollo de esa libertad. La libre competencia económica se dispone como un derecho, y los monopolios y conductas desleales como conductas que obstaculizan la actividad empresarial, teniendo el Estado la necesidad de regular dichas prácticas como lo faculta ambos artículos. La propiedad intelectual puede ser vista como una excepción a la libre competencia, puesto que por medio de ella se conceden monopolios de explotación exclusiva temporal.

Asimismo, la Ley 640 de 2001 establece las clases de conciliación, en el artículo 3 determina la de tipo judicial, si se realiza dentro de un proceso judicial y extrajudicial si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, donde “se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación (...)” (Ley 640, 2001, artículo 19). Y extrajudicial en derecho siempre que lo realicen centros de conciliación o ante autoridades públicas en ejercicio de sus funciones conciliatorias.

Para ejemplificar en materia de derechos de autor como campo de la propiedad intelectual, como se expresa en Cavajilca y Carlier, son susceptibles de conciliación las diferencias de derechos patrimoniales, es decir prerrogativas que le permiten al

autor explotar económicamente la obra protegida. No es el caso de los derechos morales del autor de una obra literaria o artística toda vez que estos derechos se caracterizan por ser perpetuos, inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, sin las características de desistimiento o renuncia prescritas en la Ley 640 de 2001. Por lo tanto, solo se permite conciliar las indemnizaciones originadas por la afectación al derecho moral, disponer de la facultad moral, debido a que será inalienable para el autor.

Asuntos que se concilian en propiedad intelectual

En virtud de la naturaleza de la conciliación, de las características de transacción y desistimiento aplicables a los derechos de propiedad intelectual, se propone la conciliación dentro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos como una forma de solucionar las controversias en la materia. Ella, por su carácter autocompositivo, prioriza una resolución integral y dialogada de los conflictos, que frente a la complejidad de la propiedad intelectual por los intangibles que son objetos de controversia, así como los derechos que se disputan, configuran un camino a transitar mediante la conciliación.

Así las cosas, las controversias sobre propiedad intelectual tienen una alternativa en la conciliación, por las posibilidades expresadas por la misma Corte Constitucional cuando afirma lo siguiente:

Varios son los fines que se pretenden alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales.

La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Como mecanismo de acceso a la justicia, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. (Corte Constitucional, Sentencia C-1195, 2001).

Sumado lo anterior, quienes asumen la conciliación como un camino por explorar, encuentran una posibilidad de materializar una solución beneficiosa para ambas partes, por tanto, el equilibrio que se ha buscado entre propiedad y acceso social toma mejores contornos, la libertad económica y la inventiva se protegen, pero la construcción social del conocimiento, la oportunidad social de usar en beneficio de la comunidad el conocimiento como fuente de riqueza, hace que la conciliación pueda aportar soluciones para el derecho social de acceder a información e innovación, sin que se obstaculice el desarrollo científico para el bienestar colectivo de la humanidad.

Con este marco, la Ley 640 de 2001 en el capítulo IX prescribe las materias sobre las que se pueda conciliar en materia de propiedad intelectual. Para ilustrar, el artículo 33, conciliación en procesos de competencia, reza lo siguiente:

En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. (Ley 649, 2001, artículo 33).

Es decir, frente a prácticas anticompetitivas la conciliación extrajudicial en derecho se adelanta ante la superintendencia quien asume funciones conciliatorias, citando a la Audiencia de Conciliación (Art 20) y actuando en el marco de la ley

640. También son conciliables de acuerdo a la ley, las controversias en torno al consumo, así:

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá citar, de oficio o a petición de parte, a una audiencia de conciliación dentro del proceso que se adelante por presentación de una petición, queja o reclamo en materia de protección al consumidor. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y prestarán. (Ley 640, 2001, artículo 34).

Por lo anterior, la ley establece el marco tanto en el área de la competencia como en el de consumo como asuntos de conciliación, siendo los consumidores agentes fundamentales del mercado, se busca su protección con la regulación a las empresas. A su vez, la competencia transparente y leal, el derecho de libre empresa es regulada por la ley, y la Superintendencia de Industria y Comercio la encargada de conciliar en estos aspectos, cumpliendo una función importante para el abordaje integral de los derechos de propiedad intelectual. De igual manera, se podrán conciliar vulneraciones a la propiedad intelectual, en las que empresarios con el fin de evitar mayores costos empresariales disponen de un arreglo previo evitando afectaciones a la reputación o económicas en la operación logística y de producción.

La conciliación en la Superintendencia de Industria y Comercio

La SIC, como autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales en propiedad industrial, está facultada para conocer de conciliaciones referidas a los activos que de esta área confluyen.

Frente a los signos distintivos, se puede solicitar la denominada audiencia de facilitación en el marco de un proceso de solicitud de registro de marca, en la cual, antes de emitir el fallo de primera instancia, los titulares de signos enfrentados,

bien sea, por una oposición de una marca registrada en contra de otro signo porque considera vulnera sus derechos o incluso con marcas que aun sin oponerse, pueden generar afectaciones a la concesión del signo. Las partes deben llevar un proyecto de acuerdo y el examinador lo aceptará si tiene la certeza de que con la coexistencia de los signos no se presentará riesgo de confusión o de asociación en el mercado. El acuerdo final aceptado será vinculante para la SIC si las partes cumplen con las obligaciones pactadas dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de la audiencia, tales como realizar limitaciones de cobertura y desistir de oposiciones o acciones de cancelación, entre otros. Sin embargo, la SIC no está obligada a tener en cuenta este tipo de acuerdos, pueden ser aceptados siempre que se adopten todas las medidas posibles para evitar que los consumidores se confundan.

Veamos entonces los asuntos que se pueden conciliar ante la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo a la Ley 640, cuyo origen es la afectación a la propiedad intelectual en el entorno de la competencia. Los derechos de propiedad intelectual, por regla general, prevalecen sobre los derechos de la libre competencia. Si bien, esta titularidad estaría en contra de la garantía constitucional de la libre competencia, son monopolios que no limitan el mercado, por el contrario, fomentan el desarrollo económico.

En el marco de la competencia, comenzando por las prácticas comerciales restrictivas, se visibilizan algunas características de la conciliación como forma sustantiva, toda vez que la SIC posibilita el encuentro entre las partes, el contacto dialógico sin la rigidez de los procedimientos para que a través de la palabra y el intercambio se exploren las soluciones. Ello trae de manifiesto que se las partes autocomponen su controversia, es la voluntad la que conduce la conciliación y el acuerdo, rescatando para la justicia el carácter consensual y bilateral, en tanto un conflicto generado por estas prácticas comerciales negativas pueden ser conciliables en el marco de la conciliación.

Para la SIC, las prácticas aludidas se pueden enmarcar en tres líneas: la primera de ellas, son los acuerdos entre dos o más empresas que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia. El acuerdo, contrato, convenio, concertación, práctica concertada o paralela pueden ser anticompetitivos por sí mismos como es el caso de los carteles o por sus efectos potenciales de práctica anticompetitiva.

Dichos acuerdos, se pueden presentar en cualquier lugar de la producción, de ahí que sean de carácter horizontal para la SIC aquellos “pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción” y verticales los que surgen entre agentes ubicados en los diferentes niveles de la cadena de producción.

La SIC bajo el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 acciona frente a los siguientes acuerdos anticompetitivos:

- Fijar directa o indirecta los precios de bienes y servicios.
- Determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que sean discriminatorias para con terceros.
- Repartir mercados entre productores o entre distribuidores.
- Asignar cuotas de producción o cuotas de suministro.
- Asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
- Limitar desarrollos técnicos.
- Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituían el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas.
- Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

- Coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
- Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

La segunda línea, refiere a toda conducta abusiva por parte de agentes económicos que tengan una posición dominante en el mercado. Conocida como posición de dominio, se presenta cuando una empresa se aprovecha de su posición para excluir o explotar a sus competidores o consumidores. De acuerdo al artículo 50 del decreto 2153 de 1992, conductas de abuso por la posición son las siguientes:

- La disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios.
- La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones similares.
- La subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio.
- La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
- Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

- Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Y existe una tercera línea de prácticas comerciales restrictivas en las que se hallan ciertos actos unilaterales de las empresas, determinadas por el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que son igualmente conciliables ante la SIC.

Las conciliaciones frente a las prácticas anteriores pueden incluir el reconocimiento de la deslealtad del ejercicio de estas prácticas, la suspensión de dichas conductas, la eliminación de los efectos sobre los agentes y todo lo que la conciliación como forma pacífica e integral de resolución potencie en los encuentros conciliatorios. Allí, la SIC como entidad del Estado “teniendo en cuenta las condiciones específicas de la comunidad que gobierna, debe proveer los mecanismos adecuados conducentes a la solución pacífica de los conflictos” (Arboleda, 2004, 197). Ahora, frente a lo que se denomina competencia desleal, la SIC amparada en la Ley 256 de 1996, fija dichas conductas constitutivas de deslealtad en el mercado. Entre ellas, la de imitación, comparación, engaño violación de secretos, explotación de la reputación ajena son características de controversias en propiedad intelectual, porque lesiona los reglamentos y procedimientos en propiedad industrial frente a las marcas, las patentes solicitadas y otorgadas generando conflictos que tienen de acuerdo a la Ley 640, condiciones para llegar un acuerdo. En relación a la protección del consumidor, la SIC cuenta con unidad con funciones para vigilar, sancionar y para el caso, conciliar en el asunto. Protección del consumidor, puede entenderse como el conglomerado de normas que regulan las relaciones de consumo que nacen en la cadena de comercialización de bienes y servicios entre productores, proveedores y expendedores.

La SIC marca áreas temáticas en las cuales se presentan afectaciones al consumidor como las fallas en un producto o su baja calidad; también la información engañosa o acompañada del incumplimiento por incentivos ofrecidos; lo referente a problemas de protección de datos personales “Habeas Data” o garantías

incumplidas, entre otros. Así, después de que los consumidores valoren el tipo de afectación y el área a la que corresponda, y no obteniendo del productor o expendedor respuesta satisfactoria, pueden adelantar el trámite conciliatorio ante la Superintendencia.

En consonancia, las conductas y prácticas señaladas que obedezcan a derechos de propiedad intelectual bajo la Ley 640 y su capítulo IX tienen forma de adelantarse con la conciliación. El efecto de cosa juzgada material al tener efectos vinculantes entre las partes otorga un halo de seriedad al proceso, y el mérito ejecutivo con obligaciones claras, indican en la conciliación un camino cierto.

Conclusiones

La propiedad intelectual ha sido materia de un crecimiento acelerado por su relevancia, innovación y necesidad de regulación. Los acuerdos multilaterales y convenios que ha firmado Colombia en relación con América Latina muestran la novedad y posicionamiento de los derechos de propiedad intelectual, lo que marca una armonización comercial y jurídica con el continente, pero lo imperativo de actuar como país en prácticas cada vez más innovadoras y en la generación de alternativas para solucionar los conflictos que emergen.

La propiedad intelectual, por la dinámica del mercado, es una materia en la que se generan múltiples controversias, el equilibrio buscado entre el control privado de las invenciones y el acceso social a ello, la propiedad privada y el derecho a conocer y gozar con la innovación constante, resulta un área interesante para la conciliación toda vez que la celeridad de las transacciones y el mercado, necesitan también el diálogo y la conversación calmada, al mismo tiempo que la agilidad para buscar soluciones holísticas ofrecidas por un mecanismo conciliatorio para acceder a la justicia.

Promover el derecho preventivo en el entorno empresarial frente a la implementación de la propiedad intelectual, con el fin de asegurar la titularidad frente a los activos de protección, identificar los activos con que se cuentan y propiciar por una gestión en el mercado, evitando vulneración de activos de otros y exigiendo el respeto. A su vez, otorgar la publicidad requerida en los actos jurídicos, esto, para el depósito de las obras ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor y la concesión de titularidad de la SIC en propiedad industrial, con el fin de generar oponibilidad frente a terceros.

La Ley 640 de 2001, en su capítulo IX, regla las materias en las que se puede conciliar en Colombia, teniendo en la Superintendencia de Industria y Comercio la arquitectura institucional que puede apoyar y soportar las conciliaciones en materia de propiedad intelectual. La conciliación tiene, en este sentido un campo amplio de actuación por el abanico de actos y conductas que afectan la competencia, los consumidores y las propias invenciones, así que debe ser un camino a tomar por las salidas colectivas y benéficas que ofrecen a momentos de incertidumbre.

Referencias

- Acuerdo de Cartagena. (1969). *Acuerdo de Integración Subregional Andino*. Recuperado de: <http://www19.iadb.org/int/intradebid/DocsPdf/Acuerdos/CANDINA%20-%20Acuerdo%20de%20Cartagena%20Decision%20563.pdf>
- Arboleda López, A. (2014). La conciliación: una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(1), 192-202.
- Cajavilca Cepeda, G. y Carlier González, D. (S.F). *Manual de Conciliación y Arbitraje en Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Bogotá: OMPI, Centro de Conciliación Fernando Hinestroza.
- Comunidad Andina. (1969). Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=4&tipo=SA&title=sistema-andino-de-integracion-sai>
- Comunidad Andina. (1993). Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>
- Comunidad Andina. (1996). Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genético. Caracas. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can011es.pdf>
- Comunidad Andina (2000). Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Lima. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
- Constitución Política de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 446 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario oficial 45963.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). Ley 640 de 2001 por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 44303.
- Congreso de la República de Colombia. (2008). Ley 1266 por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 47219.

- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1581 por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Diario oficial 48587.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1195. M.P. Manuel José Cepeda.
- Convenio de Paris para la Propiedad Industrial. (1883). Recuperado de: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515
- Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas. (1886). Recuperado de: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700
- Díaz, Á. (2008). *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: CEPAL
- Lessig, L. (2001). *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. Nueva York: Random House.
- Márquez Robledo, S. (2004). Principios generales del derecho de autor. (Tesis pregrado). Universidad Javeriana. Bogotá.
- Organización Mundial del Comercio. (1994). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relaciones con el Comercio –ADPIC-. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1967). Recuperado de: <http://www.wipo.int/about-ip/es/>
- Plata López, L. y Cabrera Peña, K. (2011). La normativa colombiana sobre propiedad intelectual: Un análisis de la política pública en ciencia, tecnología e innovación a partir del desarrollo económico. *Opinión Jurídica*, 10(20), 87-104.
- Presidencia de la República de Colombia. (1968). Decreto 2974 por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 32678.
- Presidencia de la República de Colombia. (1992). Decreto 2153 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 40704.
- Red de investigación educativa. (Iered). (s.f.) Recuperado de: http://www.iered.org/miembros/ulises/representacionideas/Derechos-Autor/propiedad_intelectual_en_la_legislacin_colombiana.html
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Propiedad industrial, Protección del consumidor y Protección de la competencia. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/>

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2018 en



PBX: 411 21 20

Cra. 80 N.º 44B-287 / Medellín
publicidadextrategia@gmail.com
www.extrategiapublicidad.com