

A vertical bar on the left side of the cover consists of ten colored squares stacked vertically. From top to bottom, the colors are: dark blue, medium blue, light blue, red, medium blue, light blue, yellow, light blue, light blue, and white.

El Estado de derecho hoy en América Latina

Libro homenaje a Horst Schönbohm

Compiladora:
Helen Ahrens

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

El Estado de derecho hoy en América Latina

El Estado de derecho hoy en América Latina

Libro homenaje a Horst Schönbohm

Compiladora:
Helen Ahrens



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

©2012 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Klingelhöferstrasse 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

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

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA MÉXICO

Río Guadiana N.º 3

Col. Cuauhtémoc 06500,

México, D.F. México

Tel. (#52 55) 5566 45 99

Fax (#52 55) 5566 44 55

e-mail: kasmex@kas.de

www.kas.de

Editor responsable

Dr. Christian-Steiner

Asistente de redacción

Manfred Steffen

Corrector

Alejandro Coto

Diseño y realización

Gustavo Tucci y Gabriel Marco

Impreso en

Deeme Producciones Gráficas

Depósito legal 357.724 – Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 978-9974-8289-5-7

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

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

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

Horst Schönbohm

Esta edición se realiza en homenaje a Horst Schönbohm, quien contribuyó con su trabajo de forma decisiva a que el tema Estado de derecho tuviera resonancia en los países latinoamericanos. El primer congreso conjunto entre la KAS y la GIZ sobre «Estado de derecho hoy en América Latina», cuyos aportes se han incluido en esta publicación, hace referencia a este esfuerzo e intenta profundizar en sus orientaciones hacia el futuro.



Horst Schönbohm. Juez alemán, jubilado desde 2010. Está trabajando en Latinoamérica desde hace más de treinta años. Representó a la Fundación Konrad Adenauer (KAS) en Perú desde 1977 hasta 1984. Tras un período de ejercicio de la judicatura en el Poder Judicial del estado de Hesse, República Federal de Alemania, representó a la KAS en Costa Rica, Venezuela y, como director de CIEDLA, en Buenos Aires, desde 1988 hasta 1998. En 1991 inició el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que sigue con sus actividades hasta hoy en día. Horst Schönbohm además ha sido responsable de proyectos de la KAS en áreas de la política económica, de reformas de la administración pública y de partidos políticos. Entre 1998 y 2010 ha sido asesor principal de la Cooperación Alemana para el Desarrollo (GTZ, hoy GIZ), responsable para programas de apoyo a las reformas procesales judiciales y de Defensorías del Pueblo en Bolivia y Perú.

Índice

Horst Schönbohm.....	7
Prólogo.....	11
Presentación y bienvenida. <i>Walter Alban</i>	15
Derecho Internacional y Estado de Derecho	
Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano. <i>Néstor Pedro Sagüés</i>	21
Estado y derecho en América Latina hoy: derecho internacional y Estado de derecho. <i>Torsten Stein y Anna Judith Kaiser</i>	31
Reflexiones sobre el estado de derecho en América Latina. <i>Horst Schönbohm</i>	47
Las reformas judiciales y el Estado de derecho en América Latina	
El Estado de derecho hoy en América Latina. La importancia de la justicia constitucional en América Latina. <i>Stefan Jost</i>	57
Algunos desafíos de la justicia constitucional en América Latina. <i>Jesús Casal</i>	69
La importancia de la justicia constitucional en América Latina. <i>Samuel B. Abad Yupanqui</i>	77
Inicio, desarrollo y situación actual de las reformas judiciales latinoamericanas. <i>Linn Hamnergren</i>	85
La Institución del amparo y su accidentada trayectoria en la protección de los derechos fundamentales. <i>Norbert Lösing</i>	109

Los retos del Estado de derecho. El pluralismo de derecho desde arriba y desde abajo

La transformación de la juridicidad en los estados latinoamericanos. Efectos del pluralismo jurídico desde arriba. <i>Helen Ahrens</i>	137
Transformaciones en el (del) espacio de soberanía. <i>Henrik López</i>	155
Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. <i>Raquel Irigoyen</i>	171
Consideraciones para comprender el pluralismo jurídico en el Estado Plurinacional de Bolivia. <i>Inti Schubert</i>	195
La globalización del derecho. Tendencias en el estado del arte. <i>Indira Latorre</i>	203

Prólogo

Han transcurrido veinte años desde que el tema del Estado de derecho se convirtió en un punto clave para el desarrollo de las naciones. Tanto en el plano nacional como en el internacional, su promoción es referente para el desarrollo sustentable de todos los países en el mundo.

En América Latina, la Fundación Konrad Adenauer (KAS) y la Sociedad Alemana de Cooperación Internacional (GIZ), esta última por encargo del Gobierno alemán (Ministerio Federal Alemán de Cooperación Económica y de Desarrollo, BMZ, y Ministerio de Asuntos Internacionales, AA), acompañan su evolución desde que el tema tomó fuerza en esta región.

En el año de 1991, la KAS implementó el Programa Regional Estado de Derecho. Desde entonces trabaja en temas de justicia constitucional y derechos humanos, da seguimiento a las reformas que se realizan al marco jurídico de los países, incluidas las reformas a los textos constitucionales, celebra una reunión anual de presidentes y magistrados de Cortes y Salas Constitucionales en donde se discuten desarrollos jurisprudenciales que repercuten en una mayor y mejor protección de los derechos humanos de los ciudadanos. Realiza también seminarios y publicaciones que brindan al operador jurídico las herramientas necesarias para su labor. De igual forma el pluralismo jurídico ha estado presente en la agenda del Programa Estado de Derecho de la KAS mediante talleres prácticos con operadores jurídicos y la publicación del *Manual de pluralismo jurídico*. Estos esfuerzos se realizan conjuntamente con el programa regional de Participación Política Indígena (Bolivia).

La GIZ promueve por encargo del BMZ desde 1996 reformas judiciales en varios países de América Latina como Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Venezuela. Hoy en día siguen en curso los proyectos en Bolivia, Colombia y Perú. Da seguimiento también al tema del pluralismo jurídico, por ejemplo a través del seguimiento al conflicto entre la justicia formal y los ronderos en el Perú, o la creación de un nuevo sistema de dos jurisdicciones bajo el techo de una nueva Corte Constitucional en Bolivia. Además, desde hace más de seis años se trabaja el tema de la globalización del derecho y su impacto en el sistema nacional. Todos estos proyectos se coordinan con los Programas de Modernización del Estado, Democracia e Inclusión en América Latina, dentro del contexto de la Red Sectorial Estado y Democracia Latinoamérica y el Caribe (Red Lac), una organización de la GIZ.

Con estos proyectos, la KAS y la GIZ pretenden consolidar el Estado democrático de

derecho en América Latina, y armonizar los ordenamientos de derecho nacionales con los desarrollos a nivel regional y global.

En los últimos diez años, Latinoamérica ha llevado a cabo importantes procesos de integración económica y jurídica, los cuales han aumentado considerablemente el establecimiento de normas internacionales, que obligan a los Estados a adaptar sus cuerpos normativos y jurisprudencia al derecho internacional. A este proceso se suma que también la jurisprudencia internacional que vincula igualmente a los operadores jurídicos nacionales.

Desde nuestro espectro, observamos que el Estado de derecho se está transformando. El elemento clave para lograr una evaluación sostenida es el fortalecimiento de las instituciones:

- *El trabajo con la justicia constitucional.* Hoy en día se han consolidado los Tribunales Constitucionales en muchos países del continente, las reformas procesales, incluidas las reformas procesales penales, han traído como consecuencia una mejor protección de los ciudadanos en sus derechos fundamentales.
- *El reconocimiento de la pluralidad étnica y las formas plurales de justicia.* Se ha iniciado la discusión sobre una mejor protección de los derechos de las comunidades indígenas, el derecho consuetudinario; se han ampliado también los mecanismos de interlegalidad, complementariedad y coordinación, que reconocen la vida comunitaria y se han iniciado también los procesos de delimitación de los sistemas. Ahora el reto consiste en definir el alcance de estos derechos, sobre todo en lo referente a la universalidad de los derechos humanos.

En octubre de 2009 la GIZ realizó un primer encuentro latinoamericano titulado «Efectos del pluralismo jurídico “desde arriba” y “desde abajo” sobre el Estado de derecho». En este encuentro se discutieron los distintos aspectos de los retos del pluralismo jurídico al nivel internacional y nacional para la conformación del Estado de derecho.

En junio de 2010 se realizó un primer congreso conjunto entre la KAS y la GIZ sobre el tema «Estado de derecho hoy en América Latina». Se examinaron en esta ocasión dos campos de interés: por un lado se realizó una evaluación de las reformas judiciales y su contribución a la estabilización del Estado de derecho en América Latina; por otro lado se examinaron los retos del Estado de derecho bajo la presión de un pluralismo jurídico *desde arriba* y *desde abajo*. Los aportes hechos en este congreso se han incluido en esta publicación.

Cabe destacar que este primer congreso se realizó también en homenaje a Horst Schönbohm, quien fundó el Programa del Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y quien, posteriormente, tuvo a su cargo los programas de la GIZ sobre reforma de justicia penal en Bolivia y Perú. Con su trabajo Horst Schönbohm contribuyó de forma decisiva para que el tema Estado de derecho tuviera resonancia en los países latinoamericanos.

Con este libro la KAS y la GIZ pretenden enriquecer y fortalecer la discusión sobre los temas del pluralismo jurídico *desde arriba* y *desde abajo*, así como sus consecuencias para los principios que subyacen el concepto Estado de derecho en los países del continente.

Por su parte, la GIZ y la KAS seguirán fortaleciendo sus trabajos sobre la globalización del derecho que es de creciente importancia para los países de la región y sus habitantes. Estos últimos reclaman cada vez más un acceso efectivo también al derecho internacional y sus sistemas judiciales.

Esperamos que esta publicación resulte de utilidad, no solamente para el estudiante universitario, sino también para el catedrático, el político y toda persona que esté interesada en obtener una primera orientación sobre el tema.

Dr. Christian Steiner

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Dra. Helen Ahrens

Directora del Proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho, Colombia
GIZ

Presentación y bienvenida

Walter Albán*

Si bien el modelo del Estado de derecho, o Estado constitucional de derecho, siguiendo la denominación más extendida en los últimos años, ha llegado a ser identificado como el prototipo de la organización política en la casi totalidad de los países de América Latina, uno de sus pilares fundamentales, la justicia, no ha logrado desarrollarse de manera que pueda responder adecuadamente a sus requerimientos. Ello, en buena medida, es consecuencia de una insuficiente adaptación, tanto del propio derecho, como del aparato estatal a cargo de asumir esta función. En términos generales, se comparte la percepción de que la justicia es de mala calidad y que no garantiza ni las libertades ni la seguridad de las personas y, menos aún, el debido control de los excesos de poder del propio Estado. De ahí surge la afirmación de que en esta región existen gobiernos con frecuencia fuertes pero instituciones débiles y que, más allá de una crisis de la justicia, lo que se encuentra en crisis es el propio modelo del Estado de derecho que, cuando menos desde la década de los ochenta y con las particularidades propias de cada país, hemos venido tratando de construir más decididamente.

Desde esa perspectiva, pareciera ser que la justicia no logra definir su propia contribución al Estado de derecho. En efecto, los intentos de instrumentalización autoritaria de ese derecho por diversos regímenes, militares o civiles, fueron seguidos, allí donde rebrotaron formas democráticas de gobierno, por una creciente exigencia de modernización y readecuación de los aparatos de justicia. Se planteó así una situación inédita, al requerir masivamente que la justicia responda a las demandas de la población en su conjunto. Sin embargo, los modelos de Estado de derecho no parecen jugar, ni en los intentos de reformas judiciales, ni en los movimientos constituyentes, un papel suficientemente importante. De alguna manera, el derecho

* Embajador de Perú ante la OEA. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre 2006 y 2011. Se desempeñó como primer adjunto de la Defensoría del Pueblo del Perú entre 1996 y 2000 y como defensor del Pueblo en ejercicio entre 2000 y 2005.

continúa siendo, en términos sustantivos, un reflejo del poder de determinados sectores, y no una expresión de la voluntad colectiva, respecto de las formas de organización del Estado. La vigencia universal de las leyes, el disfrute de los derechos fundamentales y la igualdad de las personas ante la ley continúan siendo un ideal más que una realidad.

Detrás de esta debilidad de la justicia y sus infructuosos intentos de reforma podemos encontrar, como causa determinante, la profunda ambigüedad que persiste en cada sociedad respecto del rol social y político del ordenamiento jurídico del Estado de derecho. Es evidente que en la mayoría de los países de la región persisten fuertes pugnas en torno a cuando menos dos visiones que aparecen diametralmente opuestas.

De un lado, aquella que proviene de posiciones (neo)liberales, que plantean la reducción del aparato del Estado, incluyendo el propio sistema de justicia, y la búsqueda de una mayor eficiencia y seguridad para la inversión. Ello ha permitido, por ejemplo, la introducción de instituciones más eficientes, como las reformas procesales en materia penal o laboral; el reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (negociación, conciliación, mediación, arbitraje) como medio de reducir la pesada carga judicial y encontrar salidas más rápidas y efectivas a los conflictos; e incluso el reconocimiento de formas de justicia comunitaria o indígena. Pero, por lo general, estas posiciones se resisten a acoger la creciente importancia de los derechos sociales, económicos o culturales, a la par de otras exigencias en lo que toca a la protección del medio ambiente y el ejercicio de libertades o derechos de minorías.

Del otro lado, observamos las demandas provenientes de movimientos de derechos humanos y la lucha contra la impunidad, en contextos de transición, luego de la caída de regímenes autoritarios o de violencia política. Estos sectores demandan al sistema de justicia la incorporación de mecanismos e instituciones más eficaces para la protección de los derechos humanos o fundamentales, entendidos de manera cada vez más amplia e integral. Aquí encontramos también reivindicaciones que se originan en el avance de los movimientos proindígenas, y su reclamo para el reconocimiento del derecho y los mecanismos de justicia propios de estos pueblos, en un marco de pluralismo jurídico capaz de reconocerles autonomía o una relación no subordinada al sistema oficial.

En este contexto, los procesos de globalización del derecho y de la justicia (instituciones globales de *adjudicación* de derechos) agudizan las dicotomías, al producir una aparente segmentación entre quienes abogan por la subrogación de la soberanía estatal, a favor de instancias de arbitraje supranacional en los ámbitos del comercio mundial, la protección de las inversiones privadas, etcétera, y quienes exigen el fortalecimiento de las instituciones nacionales, con el fin de obtener una implementación proactiva de los derechos humanos universales. Ello se traduce en una aplicación a veces arbitraria de los principios del derecho internacional globalizado, tanto público como privado.

Estas diferentes opciones no siempre se encuentran claramente delimitadas, y se expresan en ocasiones también posiciones conservadoras entre quienes sostienen ser defensores de los derechos humanos y, al revés, posiciones favorables a una más decidida intervención del Estado entre quienes se proclaman liberales, cuando se trata de obtener ventajas o una más amplia protección de sus intereses económicos.

En lo que sí parece haber un amplio consenso es en cuanto a criticar la mala calidad del aparato de justicia. Este aparece no solo responsable de la separación

entre *la justicia en los libros y la justicia en la realidad*, sino de una serie de vicios institucionales que, en la práctica, abandonan a una gran parte de la población colocándola al margen de los servicios de justicia estatal y, a otros, quienes si llegan a acceder al sistema, los expone a una serie de arbitrariedades y prácticas corruptas que les impide alcanzar su anhelo de justicia.

Entonces, ¿qué tipo de derecho habría que desarrollar o promover? ¿Cuáles deberían ser las características del derecho y de la justicia? La mayoría de los procesos para la reforma judicial emprendidos en nuestros países no se han preocupado seriamente de responder a estas preguntas.

Estos y otros temas afines de indudable actualidad e interés fueron abordados en julio de 2010 en el seminario sobre «Estado de derecho hoy en América Latina», que tuvo lugar en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a partir de una iniciativa conjunta de la Fundación Konrad Adenauer y de la GIZ de Alemania. La calidad de las ponencias, a cargo de prestigiosos académicos nacionales e internacionales, permitió compartir una reflexión en profundidad en torno a los temas tratados, que enriquece la perspectiva de los participantes y traza derroteros para promover un impulso decidido al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en nuestra realidad.

Pero además, esta importante actividad académica, en cuya organización nos sentimos orgullosos de haber tomado parte a través de las presentaciones de varios de nuestros más destacados docentes, sirvió también de marco para rendir homenaje a una persona que durante las últimas décadas ha contribuido decididamente en los esfuerzos por mejorar nuestros sistemas jurisdiccionales y afirmar la institucionalidad democrática en el Perú y varios otros países de América Latina. Me refiero a Horst Schönbohm, magistrado alemán, con muchos años de servicios prestados en varios países de la región, principalmente a través de la Fundación Konrad Adenauer primero, y desde la GIZ después. En los últimos años colaboró intensamente con las reformas judiciales, particularmente en lo concerniente al ámbito procesal penal, llevadas a cabo en Bolivia y Perú.

Horst Schönbohm, al haberse acogido a su régimen de jubilación, ha concluido su relación laboral con el gobierno alemán pero, radicado ya definitivamente entre nosotros, mantiene con el Perú no solamente un vínculo familiar sino afectivo que lo ha decidido a continuar su trabajo y seguir brindando su colaboración en el ámbito judicial, con el objetivo de superar las actuales deficiencias. Se trata de una terca apuesta que comparte con muchos peruanos que, desde diferentes espacios, nos encontramos convencidos de la necesidad de atender esta tarea de manera prioritaria. Estos mismos peruanos reconocemos en Horst a un amigo y un compañero de ruta, cuya experiencia y calificaciones nos alientan en nuestro empeño. Sea esta entonces la oportunidad de expresarle todo nuestro reconocimiento y más profundo agradecimiento.

Derecho internacional y Estado de derecho

Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del *control de convencionalidad* en el sistema interamericano

Néstor Pedro Sagüés*

1. Introducción. Reseña del *control de convencionalidad* y de sus roles**

La doctrina del *control de convencionalidad* es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un *jus commune* en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos (tal es su título oficial). Importa, igualmente, uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática.

Recordemos sus puntos fundamentales:

- a. El control de convencionalidad cuenta con dos niveles de operadores. El tradicional, a cargo de la propia Corte Interamericana, estaba en funciones desde lustros atrás.

*Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

**El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

- b. El más nuevo fue creado a partir de 2006 por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se encuentra desarrollado —hasta ahora— por tres pronunciamientos decisivos, acompañado por otros que lo consolidan. En anterior oportunidad nos hemos referido a las bases primarias, sus fundamentos y despliegues, trabajo al que nos remitimos.¹

En esta última versión, que es en la que aquí especialmente nos detenemos, el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, *represivo*, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que a dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, *constructivo*, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación *armonizante o adaptativa* del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.

- a. Los jueces locales tienen que actuar, en aquellas dos funciones, tanto a pedido de parte como de oficio;
- b. Las normas internas que se oponen al Pacto y a su exégesis por la Corte Interamericana resultan *inconvenionales*, y al decir de dicho tribunal, carecen desde su inicio de efectos jurídicos.

2. Obstáculos funcionales

La doctrina judicial que comentamos no fue diseñada simultánea ni armónicamente. Ha sido un producto ampliado y tal vez corregido en distintos momentos por la Corte Interamericana. Pero además, todavía presenta problemas operativos de ajuste y funcionamiento. Veremos algunos de ellos.

3. Acceso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer y muy significativo problema es gnoseológico: conocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Si dicho alto tribunal entiende que los jueces nacionales (que pueden sumar decenas de miles en el subcontinente) deben manejar su doctrina judicial, y aplicarla, tienen que existir conductos fáciles para ubicarla.

Sin embargo, la Corte Interamericana no ha elaborado reseñas o resúmenes de sus fallos, cuya lectura, en la edición más conocida, supera las cinco mil páginas.² Dicha edición no es fácil de adquirir, por lo demás, en todos los países. A ello cabe agregar que no todos los pronunciamientos están publicados en soporte papel (es-

¹ Esos tres casos son: *Almonacid Arellano*, del 26 de septiembre de 2006, que describe los rasgos esenciales del instituto; *Trabajadores Cesados del Congreso*, también de 2006 (24 de noviembre), que proyecta el control de convencionalidad «de oficio», y determina normas sobre competencia y procedimiento para verificarlo, y *Radilla Pacheco*, del 23 de noviembre de 2009, que describe el rol que llamamos *constructivo* del control de convencionalidad. Nos remitimos, en parte, a nuestro trabajo «El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales», en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B-761, con mención de otros pronunciamientos de la Corte Interamericana que ratifican tal doctrina.

² Cf. Sergio García Ramírez (coord.): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, 5 vols.

casean, por ejemplo, los textos de los últimos años, a lo que cabe agregar que el uso fluido de computadoras no siempre es fácil de implementar en todas las regiones del caso).

Detectar la doctrina de la Corte, paralelamente, obliga a menudo, y desde luego, a recorrer íntegramente sentencias que pueden tener, en algunos casos, una extensión apreciable, con centenares de considerandos o párrafos, hasta hallar el *holding* o doctrina esencial de cada veredicto. Esa doctrina, finalmente, puede ser múltiple y comprender muy diversos (y significativos) temas.

En síntesis, parece indispensable —e impostergable— que si la Corte Interamericana desea ser obedecida, elabore y sistematice de inmediato un sistema detallado y preciso de reseñas de sus sentencias y opiniones consultivas, con índices temáticos y cronológicos, y de partes, de cuidadosa factura. Del mismo modo, deberá publicar tales pronunciamientos en soporte papel, y con prontitud, a medida que se emitan. Las ediciones, igualmente, tendrán que lucir un precio accesible a todos los usuarios del sistema.

Otra pauta práctica es que, al exigir la Corte Interamericana el seguimiento de sus interpretaciones, es obligado que las defina clara y concretamente. Una directriz vale más si es formulada con precisión y, en lo posible, con la advertencia de que tal es la posición que se adopta y cuya obediencia se reclama. Párrafos largos o innecesarios, vertidos *obiter dictum*, pueden distraer o confundir a los operadores judiciales nacionales. Aquí lo breve y puntual bueno, será no dos, sino tres veces bueno.

4. Un conflicto de lealtades jurídicas: ¿la Constitución o el Pacto?

La doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito que expreso, de que el Pacto tiene categoría jurídica superior a la Constitución nacional. La Corte Interamericana, en efecto, terminó por indicar en *Trabajadores cesados del Congreso*, superando algunas fórmulas iniciales, que eran las «normas jurídicas internas» opuestas a la Convención Americana sobre Derechos del Hombre (y a su interpretación por la Corte Interamericana), las que debían inaplicarse. Entre ellas, no excepción a las normas constitucionales. Además, las razones jurídicas esgrimidas por la Corte para avalar el control de constitucionalidad (el principio de la *bona fide* en las relaciones internacionales, y la tesis del *pacta sunt servanda*, que impide (como regla) al Estado alegar normas internas para incumplir un tratado, también conducían a que la Constitución fuese relegada si violaba el Pacto.

En el escenario interamericano tenemos varias fórmulas de coexistencia entre el Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución. Algunas de ellas son teóricamente compatibles con la doctrina del control de convencionalidad, y lo avalarían. Por ejemplo, el artículo 23 de la Constitución de Venezuela señala que los tratados, pactos o convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por ese país, «tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y leyes de la República [...]».

La receta argentina adoptada en el artículo 75 inciso 22, según la reforma constitucional de 1994, cuenta con una redacción que haría palidecer de envidia al propio Maquiavelo, al señalar que el Pacto de San José de Costa Rica junto con otros documentos internacionales sobre derechos humanos «[...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y

garantías por ella reconocidos». Este sibilino texto ha dado origen a muchas teorías sobre su interpretación (una exégesis literal llevaría a afirmar que si hay oposición entre el Pacto y la primera parte de la Constitución, triunfa esta, pero si el conflicto es con la segunda parte, gana el Pacto). De todos modos, la tesis del control de convencionalidad quiere que *siempre* prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que esta sea interpretada *conforme* y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto.

En otros países, finalmente, el Pacto no tiene rango constitucional, con dos variables: o se cotiza igual que una ley o más que una ley, pero bajo la Constitución.

En varios casos, por ende, puede surgir un grave conflicto de lealtades jurídicas para los operadores judiciales nacionales, que tendrán que optar entre seguir su esquema constitucional o las directrices de la Corte Interamericana. Pero también hay alternativas de avenimiento.

Naturalmente, lo mejor será comenzar con una interpretación armonizante entre el Pacto y la Constitución, haciendo todo el esfuerzo, como diría Benjamín Cardozo,³ para «compatibilizar lo incompatible». Por ejemplo, realizando interpretaciones aditivas o sustractivas de la Constitución para empalmarla, no sin cierta presión, con el Pacto.

Si se trata de reconocer derechos, el criterio de optar por la norma más favorable a la persona (principio *pro homine, favor libertatis*) es una buena receta y está admitida por el Pacto de San José de Costa Rica (doctrina de su artículo 29 inciso *b*: si la Constitución local es más generosa en el enunciado de un derecho que el Pacto, se aplicará la Constitución). Pero no todos los constitucionalistas partidarios de la supremacía constitucional a rajatabla consienten que se inaplique la norma constitucional que concede menos derechos al individuo que una regla internacional suscrita por ese Estado.

En síntesis: si la empresa conciliatoria fracasa, el juez nacional tendrá que resolver su conflicto de lealtades de algún modo, privilegiando uno u otro instrumento. Seguramente el asunto concluirá con una opción axiológica, que también es ideológica: si considera que el bien común regional es superior al bien común nacional, cotizará más al Pacto; y hará lo contrario si juzga que el bien común nacional prevalece sobre el bien común regional. Esta última alternativa, por supuesto, no será gratuita: podrá provocar al Estado responsabilidad internacional por incumplimiento del Pacto.

5. La coexistencia de la doctrina del control de convencionalidad con la doctrina del margen de apreciación nacional

Uno de los puntos más ríspidos en esta materia es la convivencia de estas dos doctrinas, ambas aceptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ya hemos resumido la tesis del control de convencionalidad.

La doctrina del margen de apreciación nacional aclara que en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo «duro», esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y malea-

³ La frase de Benjamín Cardozo puede encontrarse en Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN): caso *Portillo, Fallos*, 312:496.

ble, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias.⁴ Así, por ejemplo, la idea de *moral pública* podría justificar ciertas regulaciones diferentes de derechos tales como los de asociación (artículo 16 del Pacto de San José de Costa Rica), o las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión (artículo 13).

Dicha doctrina fue sostenida por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de istmo centroamericano, para adquirir la nacionalidad costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área.

En síntesis: ¿la doctrina judicial sostenida por la Corte Interamericana en un caso contencioso, o en una opinión consultiva, debe ser efectivizada robóticamente por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte, o pueden estos tamizarla en virtud de su *margen de apreciación nacional*? Entendemos que la respuesta es afirmativa, ya que al sentar las bases del control de convencionalidad, la Corte Interamericana no ha dicho que quedaba sin vigencia la doctrina del margen de apreciación nacional; y siempre, naturalmente, que medie una aplicación honesta y adecuada del referido margen local, en el sentido de que su uso no se convierta en un mecanismo liso y llano de evasión de la doctrina judicial de la Corte Interamericana.

Desde luego, esta última tiene competencia para, satisfechos los recaudos de admisibilidad y de procedencia, corregir un empleo incorrecto del margen de apreciación nacional. Pero, como regla, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible.

Por otro lado, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica en un caso específico la doctrina del margen de apreciación nacional, puntualizando que tal derecho, en un país determinado, tiene una superficie o ciertas modalidades singulares, resulta obvio que la interpretación así adoptada, al menos en ese tramo, no es matemáticamente exportable para otras naciones. En tal caso, esa interpretación *a medida* o *ad hoc*, no tiene pretensiones de expansividad ni de requerir seguimiento para su aplicación en otras latitudes jurídicas.

6. El recorte de las competencias judiciales nacionales para interpretar al derecho local

La doctrina de la *interpretación conforme* del derecho nacional con relación al Pacto de San José de Costa Rica, y a la interpretación dada a este por la Corte Interamericana, significa una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional.

Ejemplifiquemos las situaciones. Si la Corte Interamericana no se ha expedido sobre algún tema del Pacto de San José de Costa Rica, el margen de libertad de interpretación del juez nacional para entender las cláusulas del Pacto y de la Constitución doméstica es relativamente amplio: está circunscripto solamente por el texto,

⁴ Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución*, 2.^a ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 222 ss.

los antecedentes, los principios, valores y fines normativos, la intención del constituyente, las creencias, valoraciones y reclamos sociales, etcétera. Pero si la Corte Interamericana se ha ocupado del asunto bajo examen, tendrá, primero, que conocer qué ha puntualizado esa Corte y excluir las interpretaciones del derecho local que puedan entrar en colisión con tal exégesis.

Ello implica un esfuerzo gnoseológico, pero también otro psicológico, como es asumir que los márgenes del derecho local pueden, según los casos, estrecharse sensiblemente. Asumir tal situación puede no resultar fácil a juristas de viejo cuño, o a otros embebidos de una visión demasiado fuerte del principio de supremacía constitucional.

Más todavía: el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto de San José y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta transmutación espiritual (si se acepta que la ideología es el alma de la Constitución y del Pacto) es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del *control de convencionalidad*.

7. No todos los jueces están habilitados para realizar control represivo de convencionalidad, pero sí todos pueden (en principio) practicar control constructivo de convencionalidad

Sabido es que en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha restringido el tipo de juez nacional autorizado para ejercer el control de convencionalidad, ya que aclaró que tal verificación debe realizarse en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes, y previa satisfacción de los recaudos vigentes en materia de admisibilidad y de procedencia.

Ello lleva a concluir, para muchos, que solamente el juez idóneo para realizar control de constitucionalidad puede concretar el control de convencionalidad (cosa que no provoca problemas en los Estados donde existe control difuso y desconcentrado de control de constitucionalidad, puesto que allí todos los jueces están habilitados para ello). Y si en un país concreto el juez común no puede realizar tal control de constitucionalidad (supóngase Costa Rica o Uruguay), tendría que remitir el expediente al órgano que sí es competente para esa función, mediante la escalera procesal del caso.

Ahora bien: eso es entendible para el control de convencionalidad que hemos llamado «represivo» en el párrafo 1, esto es, para las hipótesis de inaplicación del derecho interno opuesto al Pacto de San José de Costa Rica, o a la interpretación dada a este por la Corte Interamericana. Pero para los supuestos de control «constructivo» de convencionalidad, donde el juez local no inaplica el derecho interno sino que lo reinterpreta, adapta o lo viabiliza en consonancia con el Pacto y la referida jurisprudencia interamericana, nada impide que ese trabajo sea consumado por todos los jueces domésticos cuando aplican el derecho interno. En efecto, aquí solamente tienen que preferir las opciones exegéticas que ofrece la normatividad doméstica, coincidentes con el Pacto y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No invalidan a la regla local: únicamente la hacen funcionar con determinada orientación.

Pero puede aparecer un problema específico cuando un juez local se encuentra sometido a cierta jurisprudencia algunas veces vinculante (es decir, obligatoria), emanada de órganos superiores locales como, v. gr., cámaras o cortes de apelación, tribunales supremos, cortes supremas o tribunales y cortes o salas constitucionales. En tal hipótesis, si al ejercer control «constructivo» de convencionalidad ese juez choca con directrices judiciales que le resultan superiores y que se oponen, v. gr., a un artículo del Pacto de San José o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debería primero procurar una compatibilización entre tales directrices (que en el fondo operan como normas para él compulsivas) y las reglas del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En segundo término, si esa armonización le es honestamente imposible, y siempre, repetimos, que no esté habilitado para reputar a las citadas directrices inconstitucionales (y por ende, además, inconventionales), tendría que elevar (de oficio o a pedido de parte) los autos a esa autoridad judicial superior que emitió las directrices, para que ella dirima el conflicto.

8. Recepción y evasiones de la doctrina del control de constitucionalidad

Esta tesis es impuesta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que realizó, entendemos, una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica, ya que este no la incluye en su articulado.

El texto de la Convención contempla opiniones consultivas, a pedido de y para un Estado (artículo 64), y sentencias contenciosas obligatorias para los Estados en los casos en los que sean partes (artículo 68). Pero no dice que lo resuelto en una actuación en la que sean ajenos, los obligue. Ello tiene su lógica, ya que en el expediente donde un Estado no intervino, no pudo exponer sus razones para fundar, por ejemplo, una doctrina contraria a la admitida por la Corte.

De todos modos, es frecuente que las cortes supremas nacionales, incluso ante la falta de texto constitucional explícito, den efectos expansivos a la doctrina expuesta en sus veredictos, sea mediante la teoría del precedente (*stare decisis*) o institutos similares, como la eficacia vinculante, aunque condicionada, de sus sentencias (caso argentino).⁵ Ello importa una *mutación constitucional por adición* (la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución, le incorpora al contenido de esta algo que no dijo). Por supuesto, no todos consienten tales mutaciones, cuya solidez varía según los casos y que triunfan cuando quedan consolidadas por el derecho consuetudinario.⁶

En el caso interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, ha asumido mediante la doctrina del control de convencionalidad un papel directivo para los Estados, fuera del esquema original del Pacto. Con ello ha intentado robustecerlo, y a ella misma. Pero es natural que ese incremento de competencias no sea pacíficamente aceptado.

El caso argentino es ilustrativo al respecto. La Corte Suprema de Justicia de tal país, en *Mazzeo*, aceptó la doctrina del control de convencionalidad expuesta por la

⁵ Véase nuestro libro *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, pp. 261 ss.

⁶ Sobre la interpretación constitucional mutativa, Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución*, o. cit., pp. 42 ss.

Corte Interamericana en *Almonacid Arellano*. Lo hizo lisa y llanamente, aun transcribiendo entre comillas las frases pertinentes de la Corte Interamericana.⁷

Sin embargo, el 10 de marzo de 2010, en *A., J. E. y otro s/ recurso de casación*, el procurador general de la Nación ha formulado un dictamen donde cuestiona expresamente la tesis de la Corte Interamericana sostenida en *Almonacid Arellano*, en el sentido de cuestionarle al tribunal supranacional facultad para emitir fallos con efectos generales que excedan el caso concreto. En definitiva, propone un test que aunque no destruye totalmente, relativiza en mucho el control de convencionalidad. El referido test tiene cuatro pasos: i) determinar, primero, si existe jurisprudencia de la Corte Interamericana, o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o de ambas, sobre el asunto debatido en un proceso interno; ii) identificar tal doctrina; iii) averiguar si efectivamente corresponde al caso concreto bajo examen; iv) examinar si existen razones jurídicas fundadas en el ordenamiento constitucional local que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia interamericana. Vale decir, consumir un examen de compatibilidad entre esa doctrina y la Constitución nacional.⁸

Aparentemente, el control de convencionalidad exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quedaría así desactivado, si la interpretación del Pacto realizada por dicha Corte colisionara con la Constitución doméstica. En cambio, continuaría funcionando si no existiera tal confrontación, o si una interpretación «conforme» de la Constitución con el Pacto, o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, compatibilizara las posibles asperezas.

Conviene alertar que el referido dictamen, que da marcha atrás a la doctrina de *Mazzeo*, no es obligatorio para la Corte Suprema argentina, que puede apartarse de él. Será importante, pues, conocer qué decide en definitiva el máximo tribunal nacional.

Como conclusión, la aceptación sin reservas de la doctrina del control de convencionalidad no deja de suscitar dudas en el horizonte jurídico de los Estados adscritos al Pacto de San José de Costa Rica. Tensiones como la indicada pueden repetirse en otras regiones. El éxito de la mencionada doctrina depende en los hechos, en buena medida, de la voluntad de seguimiento que tengan los operadores locales.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo más correcto sería, si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad (refrendada por muchas sentencias de la Corte Interamericana), que se retire del sistema, mediante los procedimientos de denuncia en vigor. Ello es así, porque si ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana, ha admitido también «la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención»

⁷ CSJN: *Jurisprudencia argentina*. Buenos Aires, 2007-III-573, considerando 21.

⁸ Véase María Angélica Gelli: «El valor de la jurisprudencia internacional», en *La Ley*, Buenos Aires, 1.6.2010, pp. 1-3.

Interesa mencionar la existencia de calificadas posiciones doctrinarias que pueden emparentarse con el dictamen del procurador general de Argentina. Por ejemplo, se ha sostenido que «siempre debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, para limitar el efecto dentro del orden interno, de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisiona en forma grave con los principios constitucionales». Véase Armin von Bogdandy: *Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el derecho constitucional internacional e interno*, parágrafo V, versión española del trabajo publicado en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, vol. 6, n.º 3-4, (2008), pp. 397-413.

(artículo 62.1 del Pacto de San José de Costa Rica). Y no parece correcto ingresar a un régimen jurídico para después controvertir sus bases, permaneciendo sin embargo en él.

9. Recapitulación

No todas son rosas en el jardín del control de convencionalidad. Es un principio sumamente importante, todavía inconcluso en su formación, pero que presenta serias dificultades de instrumentación.

Para tornarlo más eficaz son indispensables ciertas actitudes. Por ejemplo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene que advertir que en la medida en que ella más exija a los Estados, más deberá exigirse a sí misma. Ello impone que su jurisprudencia sea prudente y legítima, al par que clara, precisa y fácilmente cognoscible, con adecuados resúmenes o reseñas que identifiquen sus directrices fundamentales. También, deberá regular adecuadamente la doctrina del *control de convencionalidad* con la del *margin de apreciación nacional*. Se trata de dos tesis que tienen que hermanarse y trabajar juntas.

El talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular, sus jueces), o en términos generales, todos los Estados adscritos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en el que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso. Si los veredictos de la Corte Interamericana tienen pretensiones de generalidad, tal situación sugiere habilitar (por ejemplo, por el propio Tribunal), alguna instancia donde los Estados que quieran hacerlo, puedan hacer llegar su criterio sobre el artículo del Pacto de San José de Costa Rica que se está interpretando con efectos *erga omnes*.

A su turno, es aconsejable que los Estados reconozcan de una vez por todas que el bien común internacional (o, en su caso, el regional), está por encima del bien común nacional, y que ello puede exigir que el Pacto de San José de Costa Rica prevalezca sobre las Constituciones nacionales, aunque, desde luego, siempre será mejor compatibilizar que invalidar. La empresa de conformar o armonizar las Constituciones con el Pacto se presenta así como una misión inexorable, que demanda un cambio de mentalidad y que pone a prueba la idoneidad de los operadores judiciales nacionales y supranacionales.

Por último, los Estados, y sus jueces, deben asumir que los procesos de integración tienen sus costos jurídicos y políticos, que no son siempre baratos, sino a menudo muy caros; y que la lealtad exigible a quien voluntariamente se ha sometido a ellos demanda que cumpla de buena fe con las obligaciones contraídas, mientras quiera permanecer en el sistema.

Estado y derecho en América Latina hoy: derecho internacional y Estado de derecho

Derecho comparado: la concretización, implementación y protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales en Alemania y la influencia de la Corte europea de Estrasburgo

Torsten Stein* y Anna Judith Kaiser**

1. Introducción: objeto y desarrollo del tema

Esta contribución tiene como objetivo darle al lector una visión de conjunto del sistema de protección de los derechos fundamentales en Alemania, presentándolo desde un enfoque comparado con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo. Lejos de pretender ser exhaustivo o definitivo, el artículo quiere transmitir una noción primaria al lector interesado y de esta forma animarlo a profundizar en el tema. En correspondencia con este objetivo se establecerá en primer lugar una clasificación de la protección de los derechos fundamentales según la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania en términos históricos, terminológico-funcionales, estructurales y materiales. Posteriormente se describirá y analizará la interacción del sistema de protección de los derechos fundamentales (en el primer plano) entre el TEDH, el Convenio Europeo

*Profesor de Derecho Internacional, Derecho Constitucional Comparado y Derecho de la Unión Europea en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sarre, Alemania. Ha sido investigador principal del Instituto Max-Planck y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg. En la actualidad es presidente de la filial alemana de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) y desde 1991 es el director del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Sarre. Ha publicado libros y artículos fundamentales en su área de trabajo y se desempeña como editor de la *Zeitschrift für europarechtliche Studien, ZeuS* [Revista de Estudios Jurídicos Europeos].

**Máster en Ciencias del Derecho. Realiza actualmente su refrendariado en Hamburgo. Trabajó en la cátedra del Prof. Dr. Torsten Stein (Universidad de Sarre, Alemania).

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (a partir de ahora CEDH), por un lado, y el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG, por su sigla en alemán), la Ley Fundamental, así como (en el segundo plano) entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) y el BVerfG/la Ley Fundamental. La contribución concluirá con un breve balance.

2. La protección de los derechos fundamentales por la Ley Fundamental: clasificación desde la perspectiva histórica, funcional, estructural y material

El sistema de protección de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental podrá clasificarse según criterios históricos, terminológico-funcionales, estructurales y materiales.

2.1. Perspectiva histórica: los antecedentes de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Si bien la historia de la Ley Fundamental se inició recién en el año 1947, en el contexto de la reorganización del Imperio alemán derrotado por las tres potencias que controlaron las tres zonas occidentales del país, las ideas que le subyacen y las expresiones modernas del pensamiento de los derechos fundamentales forman parte de una tradición mucho más larga.¹ No constituyen «un invento de los padres (y madres) de la Ley Fundamental»;² se encuadran, en cambio, en una evolución histórico-ideológica de largo alcance (aunque para nada lineal).³ La Magna Carta Libertatum inglesa (de 1215) y el Acta Habeas Corpus (de 1679), igualmente inglés, deben ser entendidas como las primeras expresiones de la protección de los derechos fundamentales y humanos.⁴ Sin embargo resultaron especialmente importantes la americana Virginia Bill of Rights (de 1776) y la francesa Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (de 1789). Hay que mencionar también las primeras diez enmiendas de la Constitución federal de los Estados Unidos (de 1791), la «Ley sobre los derechos fundamentales del pueblo alemán» (de 1848) aprobada por la Asamblea Nacional reunida en la iglesia de San Pablo (Paulskirche, Fráncfort del Meno), la cual se integró, luego de haber sido ampliada por algunas enmiendas, a la sección sobre derechos humanos de la Constitución del Imperio alemán (de 1849), y la segunda parte principal de la Constitución imperial de Weimar (de 1919), referida a los «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes».⁵

Tampoco deben ser obviados los siguientes documentos de gran relevancia para la protección internacional de los derechos fundamentales y humanos, más allá de

¹ Sachs, en Sachs (comp.), *Grundgesetz Kommentar [Comentario de la Ley Fundamental]*, 5.^a ed., 2009, «Einführung» [«Introducción»], nm. 13; Herdegen, en: Maunz, Düring (comp.), *Grundgesetz [Ley Fundamental]*, 57.^a ed., 2010, art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental, nm. 4.

² Manssen, *Staatsrecht II Grundrechte [Derecho del Estado II: los derechos fundamentales]*, 7.^a ed., 2010, p. 1, nm.1; v. también Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 1.

³ Ipsen, *Staatsrecht II [Derecho del Estado II]*, 13.^a ed., 2010, p. 3, nm. 4.

⁴ Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 3.

⁵ Herdegen (nota al pie de p. 1), art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental, nm. 4 ss.; Pieroth, Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II [Derechos fundamentales. Derecho del Estado II]*, 26.^a ed., 2010, p. 6 s., nm. 20 ss. y p. 11, nm. 36; Manssen (nota al pie de página 2) p. 1, nm. 3 ss.

que fueran promulgados con posterioridad a la Ley Fundamental, a saber, la Declaración Universal de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1948), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de 1950) así como los dos pactos sobre derechos humanos elaborados en 1966 en el seno de las Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶ Todos ellos significan «la actualización de la cultura jurídica expresada en las Constituciones nacionales, a nivel del derecho internacional».⁷

2.2. *Perspectiva terminológico-funcional:*

¿qué significan «derechos fundamentales», y para qué sirven?

Los derechos fundamentales se definen generalmente como derechos subjetivos, garantizados por la Constitución, por medio de los cuales «se le concede al individuo el poder legal de exigirle una omisión y tal vez una acción o tolerancia a quien resulte obligado por él».⁸ Cuando se habla de los derechos fundamentales según la Ley Fundamental se hace referencia a los derechos garantizados en la primera sección de la Ley Fundamental (artículos 1-19), pero no todos los artículos y secciones comprenden derechos fundamentales, como lo explica el artículo 93, párrafo 1, número 4a de la Ley Fundamental (en adelante abreviados como art., párr. y n.^o).⁹ En cambio, si se hace referencia a los derechos equiparados con derechos fundamentales se trata de aquellos derechos que, si bien se encuentran comprendidos en la cláusula de vigencia del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, y a pesar de que puedan ser recurridos mediante un recurso de inconstitucionalidad de conformidad con el art. 93, párr. 1, n.^o 4a de la Ley Fundamental, no están incluidos en la primera sección de la Ley Fundamental (más específicamente, el art. 4, párr. 33, así como los artículos 33, 38, 101, 103 y 104).¹⁰

Los derechos fundamentales y los derechos equiparados a ellos no tienen objetivos únicos, sino que pueden cumplir varias funciones. Operan como protección contra los excesos del poder estatal, por lo que constituyen derechos defensivos (con intervención) contra el Estado (el llamado *status negativus*).¹¹ Pueden asimismo obligar al Estado a actuar (adoptando por ejemplo la forma de derechos de reclamación, de protección, de participación, de prestación y de procedimiento; el llamado *status positivus*), actuar como derechos de estructuración (por ejemplo, derechos ciudadanos como el de sufragio del art. 38, párr. 1, frase 1 de la Ley Fundamental; el llamado *status activus*) o operar como garantías institucionales (bajo la forma de garantías de los institutos del derecho privado o de garantías institucio-

⁶ Walter, «Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten» [Historia y evolución de los derechos y libertades fundamentales en Europa], en: Ehlers (comp.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* [Los derechos y libertades fundamentales en Europa], 3.^a ed., 2009, § 1, nm. 1.

⁷ *Ibidem*, § 1, nm. 1.

⁸ Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 33, nm. 118.

⁹ *Ibidem*, p. 19, nm. 67.

¹⁰ Herdegen (nota al pie de p. 1), art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, nm. 9; Epping, *Grundrechte* [Los derechos fundamentales], 4.^a ed., 2010, p. 3, nm. 9 s.; Jarass, en: Jarass, Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* [Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Comentario], 10.^a ed., 2009, nota previa al art. 1, nm. 1; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 19, nm. 66.

¹¹ Epping (nota al pie de p. 10), p. 5, nm. 14.

nales del derecho público). Complementando las mencionadas funciones clásicas de los derechos fundamentales, estos pueden adoptar asimismo la función de un orden valorativo objetivo o de garantía de organización y procedimiento.¹² Si bien la enumeración precedente no sigue un orden único en la bibliografía especializada (en la mayoría de los casos), su contenido material suele ser idéntico.¹³

2.3. *Perspectiva estructural: sobre la nomenclatura de la protección de los derechos fundamentales según la Ley Fundamental*

Además de la referida diferenciación sistemática entre derechos fundamentales y derechos equiparados con derechos fundamentales, la Ley Fundamental distingue también, desde la perspectiva de los efectos de cada derecho fundamental, garantías constitucionales, derechos de igualdad y derechos de participación; y desde la perspectiva de la titularidad, entre derechos fundamentales para todos y para alemanes, exclusivamente.¹⁴ Según el art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental estos derechos tienen un efecto vinculante directo para los tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Las resultantes vinculaciones jurídico-constitucionales íntegras atañen, explícitamente, solo a los poderes públicos alemanes, sin comprender a aquellos casos en que los derechos fundamentales sean conculcados por poderes públicos extranjeros (por ejemplo, por medio de medidas de los órganos de la UE) o por particulares. De modo que, por principio, la disposición del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental no se refiere, *in abstracto*, a medidas tomadas por poderes públicos extranjeros.¹⁵ En cambio, con respecto a la UE la situación *in concreto* presenta una complejidad mayor. En consecuencia, los derechos fundamentales mantienen su carácter vinculante para los poderes alemanes en lo que refiere a la participación en la constitución y modificación de los tratados fundacionales (en tanto derecho primario europeo). Del mismo modo, los derechos fundamentales mantienen su efecto vinculante para las autoridades alemanas responsables, por ejemplo, de la aplicación de los reglamentos o la implementación de las directivas.¹⁶ Sin embargo, los actos bajo responsabilidad directa de la UE muestran una complejidad mayor.¹⁷ El BVerfG entendió en esos temas en sus célebres decisiones Solange I y II referidas al reglamento bananero así como sobre los tratados de Maastricht y Lisboa, las cuales se mencionan en este contexto, sin entrar en una discusión pormenorizada.¹⁸

El art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental tampoco propone un efecto vinculante de los derechos fundamentales para terceros. La «ampliación del ámbito de vigencia de

¹² Epping (nota al pie de p. 10), p. 5, nm. 15f.; v. también Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 25, nm. 91 ss.

¹³ P. ej. Sachs (nota al pie de p. 1), previo a art. 1, nm. 42 ss.; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 21, nm. 75 ss.; Manssen (nota al pie de p. 2), p. 13, nm. 44 ss.

¹⁴ Jarass (nota al pie de p. 10), nota previa al art. 1, nm. 2.

¹⁵ Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 47, nm. 189.

¹⁶ Manssen (nota al pie de p. 2) p. 26 s., nm. 86 ss.; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 51 s., nm. 205 ss.

¹⁷ Manssen (nota al pie de p. 2), p. 26, nm. 88 ss.

¹⁸ BVerfGE [Decisiones del Tribunal Federal Constitucional], 37, p. 271 (Solange I); BVerfGE 73, p. 339 (Solange II), BVerfGE 89, p. 155 (Maastricht); BVerfGE 123, p. 267 (Lisboa).

los derechos fundamentales más allá de la clásica relación entre dos partes, un particular y el Estado, a la relación entre particulares»,¹⁹ conocida como eficacia (directa) frente a terceros, contradice el texto del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, dado que este se refiere explícitamente al poder estatal. En la materia no existe unanimidad a nivel de los tribunales ni tampoco en la bibliografía especializada.²⁰ El BVerfG estableció al respecto: «sin duda los derechos fundamentales tienen como objetivo primordial proteger la esfera de la libertad individual contra la intromisión del poder público; son derechos defensivos de los ciudadanos contra el Estado»;²¹ el tribunal hizo referencia a la «evolución del concepto de los derechos fundamentales a lo largo de la historia de las ideas»,²² así como también a «los procesos históricos que llevaron a la integración de los derechos fundamentales a las Constituciones de los países»,²³ a la nomenclatura de la Ley Fundamental y al propósito de los derechos fundamentales.²⁴ La situación cambia, sin embargo, cuando se trata de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales sobre terceros, según la cual los derechos fundamentales, si bien no son de aplicación directa en el derecho privado, tienen un efecto determinante en él.²⁵ Al respecto, el BVerfG expresó: «para la puesta en práctica de esta influencia la jurisprudencia recurre prioritariamente a las «cláusulas generales», las cuales refieren a criterios fuera del ámbito del derecho civil y aun directamente extrajudiciales, por ejemplo las «buenas costumbres», para juzgar el comportamiento humano. Esto se debe a que la decisión acerca de las exigencias de los mandatos sociales en cada caso específico tendrá que fundamentarse en primer término en la totalidad de los valores que un pueblo hace suyo en una instancia específica de su evolución intelectual y cultural y que quedaron plasmados en su Constitución. Por esto las cláusulas generales fueron caracterizadas, con razón, como los «puntos de irrupción» de los derechos fundamentales en el derecho civil.»²⁶

Por principio, todas las personas físicas son titulares originales de los derechos fundamentales; en algunos casos excepcionales el derecho de acceder a los derechos fundamentales puede iniciarse incluso antes de haber nacido (como protección del ser humano no nacido) y perdurar después de la muerte (como protección *post mortem* de la persona).²⁷ El art. 19, párr. 3 de la Ley Fundamental extiende la protección de los derechos fundamentales (y junto a ella, la titularidad de estos) a las personas jurídicas nacionales.²⁸ Para ello el derecho fundamental en cuestión

¹⁹ Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 47 s., nm. 189.

²⁰ En sentido afirmativo, p. ej.: *BAGE 1 [Decisiones del Tribunal Federal de Trabajo]*, p. 185 (193), en sentido negativo: *BAGE, 48*, p. 122 (138 ss.) y *BVerfGE 7*, p. 198 (204) (Lüth).

²¹ *BVerfGE 7*, 198 (204) (Lüth).

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 48, nm. 191; Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 20 s., nm. 68 ss.

²⁵ Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 49, nm. 196.

²⁶ *BVerfGE 7*, p. 198 (206) (Lüth).

²⁷ *BVerfGE 39*, p. 1 (369); *BVerfGE 30*, p. 173 (194); Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 36, nm. 135 s.; Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 70.

²⁸ Krüger, Sachs., en: Sachs (comp.), *Grundgesetz Kommentar*, 5.^a ed., 2009, art. 19, nm. 48; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 41 s., nm. 157.

debe ser aplicable, en su esencia, a las personas jurídicas.²⁹ Las personas jurídicas extranjeras residentes en uno de los Estados partes de la UE deben ser equiparadas con las personas jurídicas nacionales, a diferencia de las personas jurídicas extranjeras no residentes, que por principio no serán titulares de los derechos fundamentales, sin perjuicio de lo cual gozan de ciertos niveles de protección por medio del efecto directamente vinculante de los derechos fundamentales en tanto derecho con efecto directo para los tres poderes (art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental), con la posibilidad de recurrir a los derechos del debido proceso conforme a los artículos 101, párrafo 1, frase 2, y 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental.³⁰ La renuncia del titular de un derecho fundamental a hacer uso de este, en el sentido de la extinción del derecho fundamental en cuestión, no es compatible con el objetivo ni con el propósito de la Ley Fundamental, por lo que será imposible.³¹

2.4. Perspectiva material: examen de compatibilidad y presentación de algunos derechos fundamentales

La compatibilidad con los derechos fundamentales se examinará en tres etapas. Se determinará primero si el área protegida por un derecho fundamental específico se vería afectada. En segundo lugar se analizará la posibilidad de que se produzca una intervención, y se aclarará, en tercer término, si la posible intervención contaría con el necesario respaldo jurídico-constitucional. Esta etapa de *justificación* a su vez comprende varias etapas parciales, de las cuales una reviste especial importancia: el principio de la proporcionalidad. Según él, toda intervención de un área protegida por un derecho fundamental debe ajustarse a los límites que fija la legitimidad de la finalidad buscada así como la idoneidad, necesidad y conveniencia del instrumento propuesto.³² Si el área protegida estuviera afectada, se constatará una intervención en el área protegida y esta no pudiera ser justificada, se estaría ante la vulneración del derecho fundamental.³³

Cumpliendo con el propósito de esta contribución de presentar una visión de conjunto al lector, se elegirán algunos derechos fundamentales que se expondrán brevemente, a modo de ejemplo. Para ello se tomarán aquellos derechos fundamentales que permiten, de forma ejemplar, el análisis de la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental, por lo que se volverá sobre ellos en la tercera parte. El *art. 2, párr. 1, en conjunción con el art. 1, párr. 1 de la Ley Fundamental*, en tanto derecho general de la persona desarrollado por el BVerfG mediante sus decisiones de casos, garantiza al individuo un área inviolable para desarrollar su vida privada y lo protege con-

²⁹ Krüger, Sachs, (nota al pie de p. 28), art. 19, nm. 48; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 41 s., nm. 157.

³⁰ Krüger, Sachs (nota al pie de p. 28), art. 19, nm. 51; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 42, nm. 164.

³¹ Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 52.

³² Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 63 ss., nm. 263 ss.; Hufen, *Staatsrecht II Grundrechte [Derecho del Estado II. Derechos fundamentales]*, 2.^a ed., 2009, p. 122 s., nm. 14 ss.

³³ Para un análisis en profundidad véase Jarass (nota al pie de p. 10), previo al art. 1, nm. 14 ss.³⁷ Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 274, nm. 1096.

tra peligros que podrían afectar su personalidad.³⁴ El art. 5, párr. 1 de la *Ley Fundamental* establece cinco libertades de comunicación: la libertad de opinión, información, prensa, radio y televisión y cinematografía. La libertad de prensa (art. 5, párr. 1, frase 2 de la *Ley Fundamental*) se define como *constitutiva por antonomasia*³⁵ para un orden constitucional libre y democrático y protege todas las actividades relacionadas con la prensa, desde la búsqueda de información hasta la difusión de las noticias.³⁶ El art. 19, párr. 4 de la *Ley Fundamental* es un derecho fundamental de procedimiento que garantiza la protección judicial sin excepciones.³⁷

3. La interacción entre los niveles nacional, europeo e internacional en la protección de los derechos fundamentales

Si bien la *Ley Fundamental* y el *BVerfG*, en tanto instancias de garantía del derecho, son sumamente importantes para la protección referida anteriormente, su actuación no se da de forma aislada. Hoy la protección de la *Ley Fundamental* es complementada, por un lado, por el *TEDH*, el cual garantiza a nivel internacional (del Consejo de Europa) los derechos establecidos en el *CEDH*, y por el otro, por el *TJCE*, cuya responsabilidad es la protección de los derechos fundamentales a nivel europeo. En consecuencia, desde la perspectiva de la soberanía alemana se debe tener en cuenta, en el contexto del «sistema transversal de derecho de Europa»,³⁸ a nivel jurídico-sustantivo, los derechos fundamentales de la *Ley Fundamental*, las garantías del *CEDH* y los derechos fundamentales comunitarios y, a nivel jurídico-procesal, el sistema judicial que opera en varios niveles (*BVerfG*, *TJCE* y *TEDH*).³⁹ Por lo tanto resulta ineludible, por un lado, la dilucidación de la relación entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional, europeo e internacional y, por el otro, la descripción y el análisis crítico de las enmiendas y los avances, pero también de las dificultades relacionadas con ellos.

3.1. La protección de los derechos fundamentales a nivel internacional: la influencia de la jurisprudencia del *TEDH* de Estrasburgo en la protección de los derechos humanos (en Alemania)

En conformidad con el título y el énfasis temático de esta contribución se indagará en la relación entre la protección nacional de los derechos fundamentales (*Ley Fundamental/BVerfG*) y la protección internacional de los derechos humanos (*CEDH/TEDH*), comenzando con una (breve) clasificación dogmática de la protección de los derechos humanos sobre la base de las garantías del *CEDH*.

³⁴ Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 83, nm. 315; Manssen (nota al pie de p. 2), p. 69, nm. 227.

³⁵ *BVerfGE* 35, p. 202 (221) (Lebach).

³⁶ *BVerfGE* 20, p. 162 (Spiegel).

³⁸ Schilling, Jan Moritz, *Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung* [La protección de los derechos fundamentales en Alemania entre la soberanía nacional y la europeización de los derechos humanos], 2010, p. 3.

³⁹ *Ibidem*.

3.1.1. Protección de los derechos fundamentales según el CEDH y por el TEDH

El CEDH es un tratado multilateral del derecho internacional, cuya suscripción está limitada a los integrantes del Consejo de Europa (acuerdo cerrado) y que obliga directamente a las partes a garantizar determinados derechos y libertades de todas las personas dependientes de su jurisdicción.⁴⁰ De esta forma el artículo 1 del CEDH establece el carácter general de obligados por el CEDH de los Estados signatarios y constituye las personas (también las jurídicas) dependientes de su soberanía en titulares del CEDH.⁴¹ Las obligaciones derivadas del CEDH existen (a diferencia de la Ley Fundamental) con independencia del modo de actuar de los Estados partes, según el derecho público o el derecho privado, de forma directa o por intermedio de privados, mientras (según una opinión no universalmente aceptada) la titularidad del CEDH entra en vigencia recién a partir del nacimiento (sin comprender al no nacido) y se extingue con la muerte (sin efecto post mortem).⁴² Las obligaciones contraídas bajo el CEDH tienen carácter vinculante para todas las partes del tratado, limitándose en cambio las obligaciones asumidas en los protocolos adicionales a aquellas partes que ratificaron el protocolo adicional correspondiente.⁴³

El TEDH, constituido como tribunal permanente de justicia, es «la principal institución responsable de velar por el cumplimiento de las obligaciones» (artículo 19, frase 2 del CEDH).⁴⁴ En la actualidad tiene 47 jueces (cf. artículo 20 del CEDH) que se reúnen, según las disposiciones del artículo 27, párrafo 1 del CEDH, como Colegio de tres jueces, Sala de siete jueces y Gran Sala de 17 jueces. De conformidad con el artículo 44, párrafo 1 del CEDH las decisiones de la Gran Sala son definitivas. El artículo 44, párrafo 2 del CEDH establece, en cambio, que las sentencias de la Sala queden firmes recién a los tres meses de haber sido dictadas, a no ser que se haya solicitado su remisión a la Gran Sala o el Colegio de cinco jueces la haya rechazado.⁴⁵ Las competencias del TEDH (artículo 32 del CEDH) comprenden la interpretación e implementación del Convenio y de los protocolos adicionales que se le soliciten por la vía de una demanda entre Estados (artículo 33 del CEDH) o por una demanda individual (artículo 34 del CEDH) y la emisión de opiniones consultivas (artículo 47 del CEDH).⁴⁶ Las disposiciones de procedimiento correspondientes se encuentran en los artículos 33 a 48 del CEDH.⁴⁷ Se considerarán como auténticas para la interpretación del CEDH sola-

⁴⁰ Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar [El Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sucinto]*, 2.^a ed., 2006, «Introducción», nm. 1 y nm. 28.

⁴¹ *Europeo de Derechos Humanos*, 4.^a ed., 2009, p. 101, nm. 1; el art. 1 del CEDH no define un área geográfica de vigencia; v. al respecto la jurisprudencia del TEDH. En lo referido a los plazos de vigencia del CEDH rigen los principios generales del derecho internacional (Grabenwarter [nota al pie de p. 41], p. 106 ss., nm. 11 ss.).

⁴² *Ibidem*, p. 102, nm. 3 ss. y p. 103, nm. 7.

⁴³ *Ibidem*, p. 6, nm. 4.

⁴⁴ Schorkopf, «Internationale Durchsetzung» [«Aplicación internacional»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz [CEDH/Ley Fundamental. Comentario concordado del sistema europeo y alemán de protección de los derechos fundamentales]*, 2006, cap. 30, nm. 7.

⁴⁵ Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 93, nm.2.

⁴⁶ Más exhaustivo: Schorkopf (nota al pie de p. 44), cap. 30, nm. 7.

⁴⁷ Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 41, previo a la nm. 1.

mente las versiones en idioma inglés y francés (cf. la cláusula final del CEDH).⁴⁸ Dado que el TEDH considera al CEDH como un «instrumento vivo» su interpretación va más allá de la orientación exclusiva por la situación actual, para actualizar y perfeccionar permanentemente el contenido y alcance del Convenio desde esta perspectiva.⁴⁹ Tiene el derecho de acudir al TEDH toda persona natural, organización no estatal y grupo de personas que declara haber sido vulnerado por un Estado parte en el goce de los derechos garantizados en el CEDH o uno de sus protocolos adicionales. Debido a que la demanda individual tiene como objetivo la protección del individuo (o una organización no estatal o un grupo de personas) contra un determinado acto del Estado parte en cuestión, los hechos violatorios se limitan a actos del Estado o pueden ser adjudicados al Estado parte (como en el ejemplo ya mencionado, en el cual una persona privada actúa en nombre de un Estado parte (artículo 1 del CEDH)).⁵⁰ En cambio la demanda de Estado (artículo 33 del CEDH) habilita a todos los Estados partes a acudir al TEDH, si se encuentran ante una supuesta vulneración del Convenio y sus protocolos adicionales por otro Estado parte. De este modo la demanda de Estado contribuye «a adjudicarle a la comunidad de los Estados europeos la función de supervisión respecto del cumplimiento del sistema europeo de protección de los derechos humanos».⁵¹

Los derechos humanos comprendidos por el CEDH pueden ser clasificados, a nivel estructural, en derechos fundamentalmente defensivos (por ejemplo, los artículos 8-11 del CEDH) y derechos esencialmente jurídico-procesales (por ejemplo, los artículos 5-7 y 13 del CEDH).⁵² En lo metodológico, el examen de la denunciada vulneración de un derecho humano de carácter defensivo por medio de la demanda individual (artículo 34 del CEDH) tiene características similares al examen de una vulneración que se denuncia por la vía del recurso de inconstitucionalidad (artículo 93, párrafo 1, numeral 4a de la Ley Fundamental).⁵³ Toda denuncia de vulneración de un derecho humano garantizado por el CEDH se examina (siguiendo un procedimiento estructuralmente idéntico) mediante la siguiente secuencia de tres pasos: 1) área protegida, 2) intervención, 3) justificación.⁵⁴ La justificación se subdivide a su vez en a) la cuestión de la base legal (las versiones auténticas hablan de «*prévêu par la loi*» y

⁴⁸ Theodor Schilling, *Internationaler Menschenrechtsschutz: das Recht der EMRK und IPbPR* [Sistema internacional de protección de los derechos humanos: el derecho del CEDH y del PIDCP], 2010, p. 17, nm. 33.

⁴⁹ Meyer-Ladewig, Petzold, «Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR - Neues aus Straßburg und Karlsruhe» [«El carácter vinculante de las sentencias del TEDH para los tribunales alemanes: novedades de Estrasburgo y Karlsruhe»], *NJW*, 2005, p. 15 (18).

⁵⁰ Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 41, nm. 2.

⁵¹ *Ibidem*, p. 43, nm. 1.

⁵² Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 110, nm. 1; Ehlers, «Allgemeine Lehren der EMRK» [«Efectos generales del CEDH»], en: Ehlers (comp.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* [Los derechos y libertades fundamentales en Europa], 3.^a ed., 2009, § 2, nm. 21.

⁵³ Theodor Schilling (nota al pie de p. 48), p. 23, nm. 49; Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 55 s., nm. 221; Hoffmann, Mellech, Rudolphi, Der «Einfluss der EMRK auf die grundrechtliche Fallbearbeitung» [«La influencia del CEDH en la solución de casos referidos a derechos fundamentales»], *JURA*, 4/2009, p. 256 (258).

⁵⁴ Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 110, nm. 1; Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 55 s., nm. 221.

«*in accordance with the law*»),⁵⁵ b) el objetivo legítimo, y c) la proporcionalidad de la intervención.⁵⁶ El examen de los derechos humanos de carácter jurídico-procesal se ajusta, en términos generales, al siguiente esquema: 1) área protegida, 2) respeto de las normas jurídico-procesales y 3) justificación.⁵⁷

Si bien el CEDH se limita (según la opinión actualmente dominante) a conminar a las partes contratantes a internalizar los derechos establecidos en el Convenio, dejando a su criterio la posición y jerarquía que esos derechos tendrán en el derecho nacional (en el caso alemán, por ejemplo, una ley federal común conforme al artículo 59, párrafo 2 de la Ley Fundamental), resulta sorprendente hasta qué punto el CEDH ha influido en las Constituciones nacionales (además del derecho comunitario de la UE) y cuán estrechamente se encuentra interconectado con ellas en la actualidad.⁵⁸

3.1.2. *Análisis comparado de la protección de los derechos fundamentales mediante las garantías del CEDH y de la Ley Fundamental, considerando la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia del BVerfG*

La estrecha interconexión que se mencionó anteriormente se expone con mayor claridad mediante un análisis comparado de la protección derivada del CEDH y de la Ley Fundamental, así como en la influencia recíproca de la jurisprudencia del TEDH y del BVerfG. Cabe aclarar que el artículo 35, párrafo 1 del CEDH impide posibles conflictos de competencia entre el BVerfG y el TEDH, al establecer el agotamiento de la vía judicial a nivel nacional como condición previa a la admisión de una demanda individual por el TEDH. Según el TEDH esta condición comprende también el recurso de inconstitucionalidad.⁵⁹ En consecuencia, la cuestión de la influencia que el TEDH ejerce sobre el BVerfG queda planteada en los términos del cumplimiento o incumplimiento de las sentencias del TEDH por el BVerfG o, por el contrario, como la corrección de las sentencias del BVerfG por el TEDH.

El propio BVerfG se ha ocupado de este asunto y resolvió que en Alemania no se le reconoce la jerarquía de una disposición constitucional al CEDH, por lo que su vulneración no podrá ser sancionada por medio de un recurso de inconstitucionalidad con arreglo al artículo 93, párrafo 1, numeral 4a de la Ley Fundamental, aunque de todos modos tendrá que ser tenido en cuenta para la interpretación de

⁵⁵ Cf. Grabenwarter, Marauhn, «Grundrechtseingriff und -schränken» [«La intervención en los derechos fundamentales y sus límites»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 7, nm. 21, con referencias al art. 8 del CEDH y al art. 2 del Protocolo adicional 4.

⁵⁶ Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 110, nm. 1.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Giegerich, «Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten» [«Efecto y jerarquía del CEDH en los sistemas legales de los Estados partes»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 2, nm. 19.

⁵⁹ Limbach, «Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa» [«El Tribunal Constitucional Federal y la protección de los derechos fundamentales en Europa»], NJW, 2001, p. 2913 (2914).

la Ley Fundamental.⁶⁰ Luego de superar las reservas iniciales contra el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, el BVerfG parece haber llegado a aceptar «la apertura del sistema legal alemán en conjunto [...] hacia la influencia del derecho del Convenio»⁶¹ en la actualidad.⁶² Más allá de que la clasificación como ley federal común (cf. artículo 59, párrafo 2 de la Ley Fundamental) garantice, a nivel teórico, la vigencia jurídico-constitucional del CEDH (cf. artículo 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental), el BVerfG lo pone en práctica en el marco de sus decisiones.⁶³ En este contexto cabe mencionar especialmente la decisión n.º 111, p. 307 del BVerfG en el caso *Görgülü* (BVerfGE 111, p. 307 [Görgülü]), por la cual el BVerfG dejó constancia explícita del efecto vinculante del CEDH para los tribunales alemanes y la obligatoriedad de tener en cuenta el contenido y las actualizaciones del convenio y estableció que el CEDH debe ser tenido en cuenta como herramienta de interpretación para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y principios del Estado de derecho.⁶⁴ A partir de esta declaración de obligatoriedad el BVerfG reconoce el efecto vinculante de las decisiones del TEDH para todos los órganos del Estado, incluso más allá del efecto interpartes que el artículo 46, inciso 1 del CEDH establece.⁶⁵ El BVerfG describe los límites (potenciales y, por lo menos hasta ahora, no agotados) del mencionado efecto vinculante como sigue:

En la medida en que existan, en el marco de los estándares metodológicos vigentes, los márgenes de interpretación y ponderación necesarios, los tribunales alemanes están obligados a dar preferencia a las interpretaciones que se ajusten al Convenio. Solo podrán optar por otra vía, si el cumplimiento de una decisión del tribunal, por ejemplo a raíz de un cambio en la base de méritos, significara la vulneración abierta de la legislación vigente que diga lo contrario o de determinadas disposiciones constitucionales, sobre todo si se tratara de los derechos fundamentales de terceros.⁶⁶

A continuación se ilustrará esta «interacción», tomando como ejemplo los derechos fundamentales y humanos ya mencionados (además de las célebres decisiones que les corresponden): en efecto, el ya mencionado artículo 2, párrafo 1 en conjunción con el artículo 1, párrafo 1, el artículo 5, párrafo 1 y el artículo 19, párrafo 4 de

⁶⁰ Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 5, nm. 2; Limbach (nota al pie de p. 59), *NJW*, 2001, p. 2913 (2915).

⁶¹ Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 84.

⁶² Grote, Marauhn, «Einleitung» [«Introducción»], en: Grote, Marauhn, *EMRK/Grundgesetz: onkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, «Einleitung» [«Introducción»], nm. 2.

⁶³ Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 59; Schmahl, «Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht» [«La protección de los derechos fundamentales entre la UE, el CEDH y el derecho constitucional nacional»], en: Hatje, Nettesheim (comp.), *Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht [La protección de los derechos fundamentales entre la UE, el CEDH y el derecho constitucional nacional]*, *EuR - Beiheft 1 - 2008*, p. 36; Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 18 s., nm. 6; Hoffmann, Mellech, Rudolphi (nota al pie de p. 53), *JURA*, 4/2009, p. 256 (257 s.); *BVerfGE* 111, p. 307 (Görgülü).

⁶⁴ Meyer-Ladewig, Petzold (nota al pie de p. 50), *NJW*, 2005, p. 15 (19); Gerhardt, *Europa als Rechtsgemeinschaft: Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts [Europa, una comunidad de derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal]*, *ZRP* 2010, p. 161 (161).

⁶⁵ Meyer-Ladewig, Petzold (nota al pie de p. 50), *NJW*, 2005, p. 15 (20); Hoffmann, Mellech, Rudolphi (nota al pie de p. 53), *JURA*, 4/2009, p. 256 (258).

⁶⁶ *VerfGE* 111, p. 307 (329) (Görgülü).

la Ley Fundamental corresponden a los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH, respectivamente. El artículo 8 del CEDH resume la protección de la vida privada y familiar como un derecho fundamental único (en cambio la Ley Fundamental abarca los componentes que hacen a la vida privada y familiar formulando una serie de derechos fundamentales, entre ellos en el ya mencionado artículo 2, párrafo 1 en conjunción con el artículo 1, párrafo 1, pero también en los artículos 6 y 13 de la Ley Fundamental, entre otros), con la intención de garantizar una protección lo más exhaustiva posible.⁶⁷ El artículo 10 del CEDH reconoce el derecho de expresarse con libertad, en tanto el artículo 6 del CEDH «funde las garantías principales de un proceso con arreglo a las normas de un Estado de derecho en un derecho fundamental único».⁶⁸ Este incluye, entre otros, la garantía de que un proceso judicial debe ser concluido en un plazo adecuado (artículo 6, párrafo 1 del CEDH). Además, según el artículo 13 del CEDH toda persona que sufre la vulneración de uno de los derechos del Convenio, tiene el derecho de interponer un recurso efectivo ante una instancia judicial nacional.

Quien busque un caso *clásico* de influencia de la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 8 del CEDH sobre la jurisprudencia del BVerfG referida al artículo 2, párrafo 1 en conjunción con el artículo 1, párrafo 1 y el artículo 5 de la Ley Fundamental se encontrará, casi inevitablemente, con las decisiones del TEDH del 24.9.2004 y 28.7.2005 en la causa (*Caroline von Hannover contra Alemania* (recurso n.º 59320/00)). El proceso (que aquí se resume en forma muy abreviada) intentó dilucidar la cuestión de si las sentencias de los tribunales alemanes vulneraron el respeto a la vida privada y familiar de la recurrente, porque declararon compatible con la Constitución alemana y se abstuvieron a prohibir la publicación de algunas fotografías de ella en varios tabloides. El TEDH no solo criticó la figura jurídica de la *persona de notoriedad pública general*, con la cual los tribunales alemanes habían fundamentado su decisión; también declaró incompatible con el Convenio la conciliación, derivada de la mencionada figura, de la libertad de prensa y de opinión, por un lado, con la protección de la vida privada y familiar, por el otro.⁶⁹ Dejó sentado que el artículo 8 del CEDH establecía la obligación positiva y negativa del Estado de proteger la vida privada y familiar del individuo, una función que podía tener efectos incluso en la relación entre particulares.⁷⁰ En consecuencia, el TEDH determinó la responsabilidad de la República Federal de Alemania de garantizar la protección de la vida privada y familiar, también en lo que refiere a la relación entre particulares, por medio de un sistema legal adecuado.⁷¹ Haciéndose eco de la sentencia, el BVerfG

⁶⁷ Para una discusión más exhaustiva v. Marauhn, Meljnik, «Privat- und Familienleben» [«Vida privada y familiar»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 16, nm. 15 y nm. 17.

⁶⁸ Grabenwarter, Pabel, «Der Grundsatz des fairen Verfahrens» [«El principio del proceso equitativo»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 14, nm. 1.

⁶⁹ Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 81 y p. 141; Buergenthal, Thürer, *Menschenrechte: Ideale, Instrumente, Institutionen* [Derechos humanos: ideales, instrumentos, instituciones], 2010, p. 351.

⁷⁰ Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 351.

⁷¹ Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 236.

adaptó en su próxima decisión⁷² su jurisprudencia a las pautas del TEDH. En el mismo sentido el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales (BGH) corrigió la figura de la *persona de notoriedad pública general*.⁷³ La bibliografía especializada comentó al respecto:

Contrario a lo que algunos habían deseado, en la decisión *Caroline II* el *BVerfG* se rehusó a desafiar al *TEDH*; en cambio decidió a favor de apoyar el proceso de aprendizaje mutuo y de abrir un camino que conduce a la compatibilidad de las pautas determinantes de los diferentes sistemas legales.⁷⁴

Junto a este ejemplo *clásico* de la influencia ejercida por el TEDH sobre el *BVerfG* cabe mencionar, con referencia a los artículos 6 y 13 del CEDH (o el artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental), la sentencia muy reciente del TEDH del 2.9.2010 en la causa *Rumpf contra Deutschland* (recurso n.º 46344/06). Este se refería a la duración excesiva de los procesos ante los tribunales alemanes. Según el TEDH se trataba de un problema estructural, por lo que declaró que Alemania tenía que introducir un medio de impugnación contra los procesos excesivamente prolongados que entraría en efecto, como máximo, durante el año posterior a aquel en que la sentencia adquiere valor de cosa juzgada. De esta forma el TEDH obligó, por un lado, a la República Federal de Alemania (por medio de las obligaciones derivadas del convenio y de la sentencia) a enmendar su sistema de protección de los derechos fundamentales y de los derechos en general, al tiempo que, por el otro lado, ejerció una influencia activa en el sistema alemán de protección de los mencionados derechos.

Ambos casos ejemplares ilustran, sin duda, la influencia que la jurisprudencia del TEDH ejerce sobre la jurisprudencia del *BVerfG* y muestran muy especialmente la estrecha interacción, que mencionáramos al inicio, entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y la protección de los derechos humanos a nivel internacional.

3.2. La protección de los derechos fundamentales a nivel europeo: interacción entre el Tratado de la Unión Europea (TUE), la Carta de los Derechos Fundamentales y la Ley Fundamental

La protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y la protección de los derechos humanos a nivel internacional se complementan, en la Unión Europea, con la protección de los derechos fundamentales a nivel europeo. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa esta consta de dos componentes: por un lado, la Carta de los Derechos Fundamentales que se autoadjudica (a pesar de no estar integrada al TUE) un carácter vinculante (cf. artículo 6, párrafo 1, segunda frase del TUE), y por el otro, los derechos fundamentales que el TJCE ha ido construyendo por

⁷² *BVerfGE* 120, p. 180.

⁷³ Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 81.

⁷⁴ Hoffmann-Riem, «Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG - Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten» [«La decisión Caroline II del BVerfG: etapa intermedia en el camino hacia la concretización de la cooperación entre los tribunales involucrados»], *NJW*, 2009, p. 20 (26).

la vía de la valoración jurídico-comparativa del CEDH y del acervo compartido de las constituciones nacionales de los Estados partes y que se constituyen en principios generales del derecho (cf. artículo 6, párrafo 3 del TUE) con carácter vinculante.⁷⁵ De esta forma las garantías del CEDH adquirirían un carácter formalmente vinculante para la UE y dejarían de ser una simple fuente de conocimiento jurídico de consulta obligatoria, todo lo cual equivaldría a una creciente unificación de la protección de los derechos fundamentales en Europa.⁷⁶ La bibliografía especializada expresa al respecto: «*Ainsi, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union devra vraisemblablement vivre avec un système écrit de protection des droits fondamentaux*».⁷⁷ La Carta de los Derechos Fundamentales comprende 54 artículos, ordenados en siete capítulos, que se ocupan, entre otros temas, de la dignidad del ser humano, los derechos de libertad y equidad, pero también los derechos judiciales y civiles.⁷⁸ Gracias a su similitud estructural los derechos fundamentales construidos por el TJCE por la vía de la valoración jurídico-comparativa pueden ser clasificados en garantías constitucionales, derechos de igualdad y derechos de prestación, pero también en derechos civiles de la Unión y derechos de procedimiento.⁷⁹ Sin embargo, las libertades fundamentales no son definidas como derechos fundamentales, sino como la condición jurídico-individual del mercado común.⁸⁰

Si un individuo se siente lesionado en el ejercicio de un derecho fundamental a causa de un acto de la Unión Europea, tiene el derecho de acudir al TJCE mediante demanda de nulidad conforme al artículo 263 subinciso 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).⁸¹ Las similitudes entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y europeo se constatan, por ejemplo, con respecto al carácter subjetivo de los derechos fundamentales y la eficacia frente a terceros.⁸² Por otra parte, se observan diferencias entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional, por un lado, y a nivel europeo, por el otro, por ejemplo en relación a las salvedades sistemáticas, que admiten restricciones a los derechos fundamentales: la Ley Fundamental y el CEDH prevén este tipo de salvedades para cada derecho fundamental y humano por separado, a diferencia de la Carta que estipula una salvedad general (cf. artículo 52, párrafo 1, frase 1 de la Carta).⁸³ Asimismo existen diferencias significativas entre los tribunales de justicia correspondientes a cada nivel. A diferencia del BVerfG y el TEDH, el TJCE tiene como cometido primordial la implementación del derecho de la Unión, en lugar de

⁷⁵ Pache, Rösch (nota al pie de p. 75), *EuR*, 2009, p. 769 (785); v. también Benoît-Rohmer (nota al pie de p. 75), p. 56.

⁷⁶ Pache, Rösch (nota al pie de p. 75), *EuR*, 2009, p. 769 (779).

⁷⁷ Jacqué, «Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne», en: Benedek, Benoît-Rohmer, Karl, Nowak (comp.), *European Yearbook on Human Rights 2010*, p. 134.

⁷⁸ Dausen, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des institutionellen Schutzes dieser Rechte [La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico de la Unión Europea, con énfasis especial en la protección institucional de esos derechos]*, 2010, p. 74.

⁷⁹ Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 258 ss.

⁸⁰ Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 13 s., nm. 48.

⁸¹ Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 262.

⁸² Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 32, nm. 115.

⁸³ Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 56, nm. 222.

la protección de los derechos fundamentales y humanos.⁸⁴ Los derechos fundamentales, en tanto derecho (primario) de la Unión, se consideran superiores al derecho nacional, aunque en opinión del BVerfG esta implementación prioritaria se debe ajustar a determinados límites.⁸⁵ El artículo 53 de la Carta aclara con respecto a la protección de los derechos humanos a nivel internacional que el CEDH establece una protección mínima de los derechos fundamentales a nivel europeo, cuya reducción o restricción queda excluida.⁸⁶

4. Conclusiones y valoración final

Podemos afirmar, a modo de conclusión, que las relaciones entre los tribunales con responsabilidad para la protección de los derechos fundamentales y humanos a nivel nacional, europeo e internacional en general así como la relación entre el BVerfG y el TEDH que estuvo en el centro de esta contribución, en particular, se caracterizan por una cooperación cada vez más estrecha.⁸⁷ Más allá de la gran cantidad de propuestas tendientes a armonizar aún más esta relación y «a fomentar un sistema de protección de los derechos fundamentales en toda Europa que se adecue a los recursos y aumente, en consecuencia, su eficacia»⁸⁸ que se proponen en la bibliografía especializada, tanto el TJCE como el BVerfG ya se han abierto a la jurisprudencia del TEDH.

⁸⁵ Cf. las decisiones mencionadas: *BVerfGE* 37, p. 271 (Solange I); *BVerfGE* 73, p. 339 (Solange II), *BVerfGE* 89, p. 155 (Maastricht); *BVerfGE* 123, p. 267 (Lissabon); Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 358.

⁸⁶ Jacqué (nota al pie de p. 77), p. 133.

⁸⁷ Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 90.

⁸⁸ Gerhardt (nota al pie de p. 64), *ZRP*, 2010, p. 161 (162).

⁸⁴ Limbach (nota al pie de p. 59), *NJW*, 2001, p. 2913 (2916).

Reflexiones sobre el Estado de derecho en América Latina

Horst Schönbohm

1. Introducción

En América Latina, a partir de los años ochenta, después del retorno a regímenes democráticos, la mayoría de los países iniciaron reformas constitucionales fundamentales, así como reformas profundas en sus sistemas judiciales y en las instituciones estatales.

No obstante, aún persiste en los ciudadanos la sensación de que sus derechos no están bien protegidos, que el Estado mismo los viola con frecuencia y que, a través del sistema judicial, difícilmente pueden conseguir justicia o una decisión oportuna que se base correctamente en el derecho.

Se aprecia una tremenda brecha entre la Constitución, las normas y el derecho, por un lado, y la realidad de la aplicación del derecho, por otro. Se percibe que el Estado y las instituciones no garantizan seguridad jurídica ni protección de derechos.

Aunque la situación varía entre los países de la región, los ciudadanos de América Latina comparten esta sensación, la misma que prevalece a pesar de lo mucho que se ha avanzado, sin duda, en desarrollar un Estado de derecho constitucional en las últimas tres décadas.

Las nuevas Constituciones precisan mejor los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, se han creado nuevas instituciones para la protección efectiva de los derechos humanos, como los tribunales constitucionales y las defensorías del pueblo y se han reformado instituciones como el Poder Judicial a efectos de hacerlas más eficientes.

Hasta hoy, sin embargo, ello no ha influido en la percepción ciudadana; en opinión de la población, las reformas no han tenido mucho impacto y han sido muy limitadas en la práctica.

Surge entonces la pregunta: ¿por qué esta situación es tan marcada en Latinoamérica aun después de casi doscientos años de independencia y más de veinte años de reformas?

2. Las bases del Estado de derecho en América Latina

El concepto del Estado de derecho constitucional que ha sido plasmado en las Constituciones y en el sistema jurídico latinoamericano es muy similar al de los países de Europa.

La base del orden constitucional y del ordenamiento jurídico radica en la concepción del Estado de derecho que se imponga en los países. En América Latina, al igual que en Europa, se considera fundamental para la constitución del Estado de derecho la idea de que a través de este se armoniza la contradicción entre el dominio del Estado y los derechos individuales de los ciudadanos.

En teoría, el Estado de derecho constitucional es un programa para limitar al Estado en sus actuaciones y permitir un ordenamiento pacífico de la sociedad a través del derecho.

Pero si el Estado no cumple con esta función, la seguridad jurídica no se puede garantizar, los derechos humanos no se protegen efectivamente, ni tampoco los derechos fundamentales, y las garantías constitucionales no se garantizan suficientemente.

En un Estado de derecho constitucional, el derecho debe lograr:

- proporcionar a las instituciones del Estado y a la ciudadanía una orientación para sus actuaciones, y así estabilizar a los individuos en su comportamiento;
- legitimar y limitar los actos estatales;
- proteger los derechos individuales y la libertad de las personas frente al Estado y a las intervenciones de otros sujetos privados.

El derecho solamente puede cumplir esta función si el Estado obliga a todos a respetar las normas. Una condición para ello es que los ciudadanos y las instituciones del Estado en su mayoría estén dispuestos a respetar la Constitución y las normas obligatorias porque, de lo contrario, estaríamos frente a un Estado autoritario y ya no frente a un Estado democrático.

En todas las sociedades existe un porcentaje limitado de ciudadanos que por regla general incumple las normas cuando estas no se ajustan a sus intereses y otro porcentaje también limitado que por principio respeta las normas y reglas. La mayoría normalmente está más bien dispuesta a cumplir o incumplir las normas dependiendo de la norma de que se trate y de las circunstancias del caso.

El reto del Estado es fortalecer la disposición de los ciudadanos a cumplir las leyes, pero esto solamente será posible si el ciudadano puede confiar en que sus derechos serán debida y oportunamente garantizados por las instituciones estatales competentes.

En un Estado de derecho constitucional democrático el Estado tiene el monopolio para hacer uso de la fuerza y solamente él decide cuáles son las normas y reglas que regulan su actuación.

Sin embargo, esto en principio solamente es así en teoría. Hoy en día también el orden de derecho constitucional en América Latina está siendo cada vez más penetrado por normas internacionales que forman parte del orden de derecho constitucional interno. Son normas que se han desarrollado en el contexto de la globalización, como por ejemplo las reglas del tratamiento de inundaciones, los tratados internacionales de la ONU y de la OIT, pero también de la OEA, entre los cuales figura el Tratado de San José. Estas normas y reglas influyen y hasta trans-

forman el derecho nacional y en no pocos casos están en conflicto con las normas nacionales.

Pero también el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas en países como Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Nicaragua y Guatemala entra en no pocas oportunidades en conflicto con las normas formales.

En todos estos casos, el Estado tiene solamente una limitada potestad para decir cuáles de estas normas y reglas son de obligatorio cumplimiento, pues, cuando se trata de normas consuetudinarias, esto depende también de la determinación de los pueblos indígenas.

Muchas veces, en un proceso largo y complicado se tienen que solucionar los conflictos entre ambos sistemas y en no pocas ocasiones el caso llega hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para que esto se pueda cumplir el Estado debe implementar las leyes y lograr que se las respete. Hobbes una vez expresó que el legislador no es solamente el que emite la ley, sino también quien la sigue aplicando. Así, la ley solamente puede considerarse vigente si está siendo aplicada.

Para que el Estado de derecho constitucional se imponga deben existir además las siguientes condiciones:

- La legislación ordinaria debe desarrollar el marco legal de ejercicio y protección de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, y también de la relación del Estado con la ciudadanía y de los ciudadanos con las organizaciones de la sociedad civil.
- El Estado debe poner a disposición de todos los ciudadanos procedimientos para que estos puedan reclamar y ejercer sus derechos.
- El Estado debe crear las instituciones ante las cuales la ciudadanía pueda reclamar y ejercer sus derechos.
- El Estado debe evitar dejar espacios donde no domine la ley e impedir que estos espacios sean ocupados por grupos de poder político o económico en función de sus intereses.

Para una solución pacífica de los conflictos, un núcleo esencial de normas y valores, especialmente las reglas, debe ser compartido con la mayoría de la población, el Estado y los partidos políticos.

Un freno para la imposición efectiva del Estado de derecho constitucional es el alto nivel de anomia de la ciudadanía, la cual caracteriza el grado de disposición de los ciudadanos o también de las organizaciones del Estado a respetar las leyes y normas.

En muchos países, una mayoría importante de la población está dispuesta a no respetar las leyes y normas si les conviene y si su evasión no les hace temer consecuencias. Esto se agrava al comprobar que las instituciones del Estado, que deben aplicar las normas, y también los representantes políticos que deben velar por su cumplimiento, son fácilmente motivados a no aplicar la ley, en función de su conveniencia.

Así es muy difícil que el Estado de derecho constitucional se desarrolle efectivamente y que se disminuya la brecha entre la Constitución y la ley y la realidad constitucional y legal.

El Estado de derecho debe construirse todos los días, a través de la legislación y de las normas secundarias, y de la aplicación del derecho realizada por la Ad-

ministración pública en todos los niveles, las autoridades del sistema penal y los tribunales en general.

En este contexto, se logra o se fracasa en disminuir la brecha entre el derecho y su efectividad. Para solucionar los conflictos mediante la aplicación del derecho no se debe solamente subsumir el caso bajo las normas, pues el proceso es mucho más complejo. Las leyes no son unívocas; si así fueran, difícilmente podrían cumplir su función porque funcionarían como un chaleco de fuerza.

La razón es que, al momento de legislar, no se pueden prever todas las variantes de los casos a los cuales se tiene que aplicar la norma. Esto exige analizar bien el caso, interpretar adecuadamente la norma y el derecho y, en el último paso, aplicar la norma y determinar las consecuencias. Así, este proceso también es un proceso formativo de derecho.

El derecho consiste en la relación entre los seres humanos y los objetos. Por ello también en América Latina el Estado de derecho se realiza y concreta en el contexto político, social, económico e histórico y así varía el detalle entre los países.

La concreción del Estado de derecho es un proceso durante el cual se transforma también su contenido, muchas veces sin cambio de leyes o de las normas constitucionales. Esto se puede ver, por ejemplo, en el caso de los derechos fundamentales, como el de la igualdad entre hombre y mujer frente a la ley y el de la dignidad humana, cuyos alcances han sufrido una transformación. También ha habido cambios respecto a la responsabilidad del Estado de proteger la personalidad y el derecho a la intimidad de las personas, por un lado, y por otro lado, la libertad de la prensa y el interés del público a ser informado. Los contenidos de estos derechos y sus alcances han cambiado según el desarrollo de la sociedad.

El desarrollo social, político y económico ha influenciado también los contenidos y alcances del Estado de derecho, principalmente a través de la jurisprudencia, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes constitucionales.

En este contexto, cualquier acto de autoridad que regula un asunto, aplica la ley y soluciona conflictos debe ser justificado con argumentos que sean comprensibles y revisables.

En una época en la que casi todos los espacios sociales, económicos y políticos son normados y las relaciones se tornan día a día más complejas para ser controladas por una moral o un control social, las normas y las instituciones del Estado de derecho son cada vez más importantes para solucionar los conflictos y regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y entre los mismos ciudadanos.

En todos los países se detectan, en menor o mayor grado, problemas de este tipo, pero en América Latina los problemas son más acentuados y por ello resulta tan arduo desarrollar un Estado de derecho constitucional eficiente. La lista de los problemas es larga, aunque con diferencias y matices entre los países y esto hace difícil que se desarrolle la seguridad jurídica.

Asimismo, se pueden constatar esfuerzos importantes en casi todos los países para reformar sustancialmente sus sistemas judiciales, parlamentarios y de las instituciones estatales; algunos de ellos, lamentablemente no todos, han logrado, a pesar de los puntos críticos, avances sustanciales en estos campos.

3. Los problemas persistentes para la consolidación del Estado de derecho constitucional en América Latina

Hay muchos reportes sobre los problemas y falencias del Estado de derecho constitucional en América Latina, en los que puede percibirse cómo estos afectan a los países en distintos grados de intensidad. No obstante, se registra una tendencia con las siguientes características:

- Existe una diferencia marcada entre el orden del derecho constitucional formal y la realidad del derecho constitucional.
- La calidad de las normas es deficiente; existen vacíos normativos y contradicciones entre ellas.
- Las normas no mantienen muchas veces una relación con la realidad y la problemática de los asuntos que pretenden regular y en no pocos casos las normas contradicen a los derechos fundamentales y al Estado de derecho constitucional.
- Algunas normas violan las garantías constitucionales.
- Hay distorsiones en el sistema institucional de justicia y sus bases normativas que, con frecuencia, llevan a conflictos institucionales. Por ejemplo, en Perú surgen conflictos entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional con cierta frecuencia, y también entre la justicia formal y la justicia comunitaria.
- Los derechos fundamentales y humanos y los principios de la Constitución no han sido desarrollados en forma adecuada por la legislación ordinaria y tampoco por las instituciones administrativas del Estado y la jurisprudencia.
- Prevalece un formalismo tal que permite manipular la aplicación de las leyes, lo que se expresa en el dicho popular: «hecha la ley, hecha la trampa».
- Las instituciones del Estado no aplican en forma adecuada las normas, no imponen su cumplimiento y hasta las instrumentalizan; esto se puede apreciar en el ámbito de la Administración pública, en el de la justicia y también al interior de las instituciones de la sociedad, que se aprovechan de esta situación.
- Esto se agudiza todavía más por una corrupción extendida en los sistemas de justicia y en la Administración pública. En el Perú, por ejemplo, donde la población menciona en las encuestas la corrupción como uno de los problemas que se tienen que solucionar con prioridad, los encuestados también declaran que en su mayoría están dispuestos a realizar actos de corrupción si les conviene.
- La poca disposición de las instituciones estatales de respetar el derecho se puede observar también cuando el Estado mismo no está dispuesto a cumplir sentencias en las cuales los tribunales lo han condenado, por ejemplo, a pagar ciertas sumas a los ciudadanos. En reiteradas ocasiones argumenta falta de recursos, sea porque no los tiene a disposición, o porque no los tiene presupuestados, dado que el Ministerio de Economía y Finanzas no le ha facilitado estos recursos; por tales circunstancias, el cumplimiento de la sentencia puede demorar más de diez años, y ocurre muchas veces que los herederos son los que finalmente cobran la suma que el tribunal ordenó que el Estado pagara al ciudadano.
- El acceso al derecho en muchos países de Latinoamérica es muy restringido. Las causas son, entre otras, una limitada calidad de los Códigos procesales y de la práctica procesal. Además influyen la duración de los procesos, sus costos,

el lenguaje que usan los operadores del sistema de justicia, la comprensibilidad de las normas, la transparencia de los procesos, la corrupción extendida en el sistema, el acceso territorial a los juzgados, la discriminación cultural, entre otros.

- La calidad de la justicia y del Estado de derecho se ven afectados por las estructuras de funcionamiento interno de las instituciones públicas y por la calidad de la formación de los operadores.
- La fragilidad de la independencia funcional de los jueces y la falta de consolidación de una carrera judicial y fiscal es también una constante.
- Se comprueba también falta de predictibilidad de la justicia. En la mayoría de los casos el modelo existente produce un sistema de decisiones jurisdiccionales impredecibles. Muchas sentencias tienen vacíos, contradicciones y son fundamentadas en una forma que el ciudadano común y corriente no puede entender cuáles han sido las razones por las que el tribunal ha tomado esta decisión y no otra.
- No existe una adecuada coordinación entre las entidades de la administración de justicia; las instituciones operan sin mayor contacto con las demás, funcionan de modo inconexo y muchas veces paralelo, con luchas de autonomía que inducen a la debilidad del servicio y afectan al justiciable.
- Entre las instituciones del Estado, como también entre las instituciones de la sociedad civil, existe una disposición muy común a no respetar las normas y, si fuera posible, utilizarlas para sus propios fines.
- Todo este panorama se complica todavía más por la tendencia hacia la politización de las instituciones competentes para concretar y hacer realidad el Estado de derecho constitucional.

4. El futuro del Estado de derecho

Es un panorama sombrío. Si se quiere efectivamente revertir la situación y lograr el cambio hay que enfrentar los problemas con realismo. Hasta el momento no se ha desarrollado un concepto concluyente para dar una solución integral a los problemas e iniciar procesos de cambio realistas, que tengan la oportunidad de tener éxito.

Existen varios trabajos serios que proponen los pasos y acciones a seguir para hacer más eficiente el Estado de derecho. Lo que falta es definir el procedimiento para lograr los resultados.

A tal efecto, las instituciones del Estado como el Parlamento, el Ejecutivo, el sistema de justicia tendrían que elaborar una agenda de reformas, priorizando las áreas y las actividades. Asimismo, se requiere que las instituciones armonicen sus esfuerzos; de lo contrario, rápidamente surgen conflictos entre ellas, como se ha podido observar en varios países. Lograr esto no es tarea fácil.

En el Perú, en el 2004 se hizo un esfuerzo muy serio para elaborar un plan estratégico para una reforma integral de todo el sistema de justicia con la creación de la comisión llamada CERIAJUS, integrada por representantes de todas las instituciones del sistema de justicia, del Congreso, del Ejecutivo, de las universidades y de otros sectores de la sociedad civil. Esta comisión elaboró en poco tiempo un plan muy ambicioso de reformas, pero sus miembros no pudieron ponerse de acuerdo sobre cuáles de todas estas propuestas se tenían que priorizar, y tampoco pudieron definir un proceso para la realización de los cambios. Entre otras, por esta razón el

plan estratégico de la CERIAJUS quedó en el papel y hasta el momento muy poco se ha llevado a la práctica.

Los procesos de cambio dentro del sistema de justicia, del Congreso y del Ejecutivo son de largo aliento y requieren tener como base un consenso firme. Esto no se logra fácilmente si entran nuevos responsables y dejan de lado los proyectos de cambio. Para hacer realidad el Estado de derecho constitucional se necesita una alianza entre las instituciones del sistema de justicia, el Congreso y la sociedad civil, para motivar los cambios e imponer consecuencias políticas en caso de que el Gobierno no fuera permeable a las reformas.

La clave del éxito para lograr un sistema más eficiente y menos corrupto no es la asignación de más recursos financieros ni dárselos al Poder Judicial, ni al resto de las instituciones arriba mencionadas. Tampoco lo es un cambio masivo de los operadores de la justicia.

Mientras no opere una transformación a fondo del modo de funcionar institucionalmente de los organismos del sistema de justicia, difícilmente se podrá cambiar la forma en que se aplica el derecho en la labor diaria. Para lograr esto se requieren alianzas con la sociedad civil y las otras instituciones del Estado.

Los aspectos que hay que reformar son complejos, múltiples y forman parte de la competencia de distintas instituciones. Por ello, su ejecución requiere de un liderazgo sólido que convoque, comprometa y guíe a todas las instituciones vinculadas al quehacer democrático y a la impartición de la justicia.

Las reformas judiciales y el Estado de derecho en América Latina

El Estado de derecho hoy en América Latina. La importancia de la justicia constitucional en América Latina

Stefan Jost*

1. Introducción**

El título de este congreso importa una diversidad temática que trasciende por lejos lo que se puede discutir en el marco de semejante evento. Por eso, las ponencias reflejan solamente una parte de la complejidad del Estado de derecho. Al mismo tiempo, estos temas muestran de manera intensa la dinámica del Estado de derecho, que en ningún momento de la historia fue algo estático. O se debía luchar por él, fortalecerlo, diferenciarlo en cuanto al contenido y la estructura, o defenderlo, o restablecerlo.

Hoy podemos encontrar todas estas etapas del desarrollo del Estado de derecho en América Latina, en diferentes manifestaciones.

Dentro de esta diversidad temática y de la dinámica indiscutida, el tema que presento hoy —la importancia de la justicia constitucional en América Latina— representa prácticamente el núcleo tradicional del Estado de derecho: la Constitución y la jurisdicción constitucional.

Dedicarse a este tema tan complejo requiere una advertencia limitativa. Como siempre cuando se habla de *América Latina*, toca tener cuidado. La «América Latina» en sí no existe, al igual que tampoco la «jurisdicción constitucional». Quien ha-

* Jurista y politólogo (Universidad de Tréveris), fue representante nacional de la KAS para Bolivia entre 1993 y 1998 y director del programa regional de la KAS Estado de Derecho y Democracia en América Latina de 1998 a 2001. Dirige actualmente la oficina de la KAS en Colombia.

** Esta contribución es una versión ligeramente revisada para la impresión de la ponencia del 18 del junio de 2010.

bla de América Latina tiene que aplicar un alto grado de diferenciación para aproximarse por lo menos a la diversidad del continente y sus muy diferentes contextos políticos, culturales, socioeconómicos y jurídicos.¹

Teniendo en cuenta las limitaciones de este volumen del texto, este postulado no se puede considerar de manera suficiente. Las generalizaciones son inevitables. El método de este congreso —exponer los discursos de los ponentes a comentarios críticos y suplementarios de expertos de diferentes países— representa la mejor garantía para que estas generalizaciones sean profundizadas, ejemplificadas y, naturalmente, cuestionadas de manera crítica.

En mi ponencia quiero orientarme *expressis verbis* en los dos criterios de análisis mencionados en la invitación: «el desenvolvimiento del Estado de derecho» y sus «futuros desafíos».

Dada la abundancia imaginable de criterios de análisis, quiero ocuparme menos de aspectos puntuales de la jurisdicción y más bien intentar extraer algunas líneas de problemas contextuales y estructurales que me parecen centrales, sin asociar con eso la exigencia de integralidad o exclusividad.

2. Parte principal

2.1. *Desenvolvimiento de la justicia constitucional en el Estado de derecho*

La paciencia no es necesariamente una calidad europea, y los alemanes son europeos; en muchos casos, muy buenos europeos. Esto conduce ocasionalmente a que se aplique una matriz, en cuanto al contenido y al tiempo, a la evaluación del desarrollo de diferentes áreas políticas en países no europeos que no se corresponde adecuadamente con los progresos verdaderos. Y esto no afecta solamente el desarrollo del Estado de derecho.

Por eso, abogo insistentemente por una evaluación aplicada en un período de largo plazo, que esté dispuesta a aceptar también contratiempos, no precisamente como algo positivo pero sí como un hecho y que no espere de los otros lo que ella misma no ha podido realizar en los últimos veinte años.

En el contexto de la tercera ola de (re)democratización, constatada por Huntington,² que afectó a muchos países de América Latina en los años ochenta, empezó una nueva era para el Estado de derecho en esta región:

- reinstalación de la dominación del derecho en lugar de la arbitrariedad y el despotismo;
- entrega del poder político temporal por medio de elecciones regulares y, con eso, gobiernos legitimados democráticamente;
- cambios gubernamentales pacíficos, también en el caso de cambios de sentido de orientación política;

¹ Véanse, entre otros, Tulio Halperin Donghi: *Geschichte Lateinamerikas von der Unabhängigkeit bis zur Gegenwart*. Frankfurt, 1991, pp. 12 ss., o Nikolaus Werz: *Lateinamerika. Eine Einführung*. Baden-Baden, 2005, pp. 22 ss.

² Samuel P. Huntington: *La tercera ola. La democratización a finales del siglo xx*. Buenos Aires, 1995. Huntington ubica esta *tercera ola* de democratizaciones mundiales entre 1974 y 1990. Él ve las primeras dos *olas* entre los años 1826-1926 así como 1943-1962, cada una seguida por unas *contraolas* en los años 1922-1942 y 1958-1975.

- una comprensión diferenciada de la separación de poderes;
- un nuevo significado de las Constituciones, marginadas durante muchos años;
- una plenitud de nuevas Constituciones y modificaciones constitucionales;
- el efecto vinculante de la legislación ordinaria al orden constitucional;
- una evaluación significativamente diferente de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

Estos son solamente algunos de los cambios positivos más relevantes que se han podido registrar en estos años.

A quienes todo esto todavía no les parece suficiente, y hay argumentos que apoyan tal concepción, se puede objetar que cuando estamos hablando de todos estos cambios nos referimos a un período de apenas un poco más que veinticinco años. Finalmente, no se debe olvidar que se trata de años que fueron acompañados de diferentes crisis y cambios radicales en el ámbito político y sobre todo socioeconómico.

Si se integran estos criterios en un análisis general, se puede constatar en resumen que el desarrollo de sistemas constitucionales democráticos y el desarrollo de la jurisdicción constitucional en América Latina representan dos historias de éxito, estrechamente relacionadas.

Sin embargo, se necesita una evaluación diferenciada para sensibilizar, debido a la fragilidad de algunos desarrollos. Así, no cabe duda de la importancia teórica de la jurisdicción constitucional y ningún presidente de Estado, excepto casos extremos pero existentes, se resistirá contra la proposición de que «el control de la constitucionalidad de la jurisdicción parlamentaria y la actuación del Poder Ejecutivo [...] [hace parte] de los componentes esenciales del orden constitucional moderno».³

Pero eso no significa que esto pertenece de facto al bien común, ni mucho menos que sea aceptado. Para una evaluación realista tanto de la fase posterior a la (re) democratización de América Latina como también de las perspectivas de escenarios futuros, se necesita un análisis del contexto de impacto concreto de la jurisdicción constitucional.

Así, teniendo en cuenta que es algo evidente, se debe recordar que la jurisdicción constitucional no ocurre en un vacío. No se trata de una *isla de los felices* o un *biotopo*, que podría funcionar por sí mismo y ser evaluado como tal.

Las Constituciones y la jurisdicción constitucional se encuentran más bien en un contexto de impacto múltiple e interdependiente. Sus condiciones de funcionamiento centrales no son exclusivas o incluso prioritariamente internas, sino principalmente externas, condicionadas por las realidades complejas de un ambiente político, socioeconómico y cultural.

En lo siguiente se nombran cuatro principales áreas de influencia. Primero que todo se debe mencionar el sistema político institucional. Existe el sistema de gobierno presidencial, que en la práctica se aplica a menudo de manera más hiper-

³ Konrad-Adenauer-Stiftung: *Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Sicherung von Grundrechten, Demokratie und Entwicklung. Einschätzung aus Afrika, Asien, Lateinamerika sowie Mittel-, Ost- und Südeuropa*. Berlin, 2010, p. 5, <<http://www.kas.de/wf/de/33.19615>>. Se trata de un estudio de la Fundación Konrad Adenauer en conjunto con el Instituto Max Planck para el Derecho Público Extranjero y el Derecho Internacional.

trófica que lo presume el puro texto constitucional. Esto conduce a considerables tensiones con la jurisdicción constitucional, que puede controlar y por eso limitar posiblemente las posibilidades ejecutivas. El término *choque de trenes* refiere con mucha más frecuencia a la relación Poder Ejecutivo-Poder Judicial que a la relación Poder Ejecutivo-Poder Legislativo.

Segundo, los Parlamentos, a causa de una multiplicidad de razones entrelazadas, a menudo no son capaces de cumplir debidamente con las tareas de una autoridad legislativa cualificada. Ello conduce por un lado al hecho de que los tribunales constitucionales se ven sometidos al rol de un supuesto agente obstruccionista porque se rechazan muchas leyes. Con frecuencia tiene también como consecuencia que los tribunales constitucionales se adaptan a una práctica de jurisdicción que trasciende por lejos el papel de guardián de la Constitución y los trasladan al rol de *legislador sustituto*. Pero no quiero negar que alguno que otro tribunal constitucional se siente muy bien en este rol.

En tercer lugar, sería seguramente una afirmación arriesgada la de que en los países en donde existe un paralelismo entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional la tensión entre estas dos cortes está superada. Así, un dictamen del año 2007 llega a la conclusión de que «se puede hablar solamente en aproximaciones de una verdadera aceptación del rol de la jurisdicción constitucional en la región».⁴

En cuarto lugar, se deben mencionar también influencias culturales. Aquí encontramos legados históricos que se remontan desde la época colonial, cuyos efectos se pueden sentir hasta hoy y no pueden ser neutralizados por medio de reformas institucionales. Esto concierne, por un lado, a la cultura general del derecho en la cual la convicción de «hecha la ley, hecha la trampa» contrae una relación funesta con la fórmula «acato, pero no cumplo».

Esto afecta, en quinto lugar, los «distintos niveles y calidades de *cultura constitucional*, un dato sociológico indispensable para el éxito y funcionalidad del sistema constitucional», mencionado por Néstor Sagüés en un contexto diferente.⁵

En este contexto complejo, la jurisdicción constitucional tenía que abrirse espacio; mejor dicho, luchar por él. Yo tengo la convicción de que lo hizo con mucho éxito, teniendo en cuenta el contexto descrito. Y ello con medidas que, en algunos casos, parecen casi pintorescas pero que en principio fueron implementadas de manera esencial y consecuente.

Para nombrar un pequeño ejemplo: el hecho de que el Tribunal Constitucional boliviano elaborara un reglamento inmediatamente después de su establecimiento y que prohibió estrictamente los contactos de los partidos con el tribunal fuera de las reuniones públicas, representó un cambio drástico para la cultura de derecho boliviana. Ello, independientemente de la jurisdicción constitucional futura del tribunal, aportó una gran reputación al Tribunal Constitucional.

⁴ Konrad-Adenauer-Stiftung: Evaluierung des regionalen Sektorprogramms «Rechtstaat und Demokratie in Lateinamerika». Berlín, 2007, documento interno, p. 21. Un resumen se encuentra en http://www.kas.de/upload/dokumente/evaluierung/eval_sektorprogramm_lateinamerika_2006.pdf.

⁵ Néstor Pedro Sagüés: «Cultura constitucional y desconstitucionalización», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010, p. 97.

En el marco de una influencia de la jurisdicción cada vez más fortalecida en los complejos contextos políticos, económicos y sociales, ha cobrado mayor importancia un sistema judicial que funcione. Cada ciudadano se da cuenta, en su condición de sujeto sometido al sistema judicial, de si el Estado existe y cómo funciona.

Con estos hechos de fondo, es preocupante que el sistema judicial aporte su parte al índice de eficacia deficitario de la democracia latinoamericana. El sistema judicial en América Latina se encuentra a menudo en los últimos rangos en la percepción de los ciudadanos respecto a las instituciones, apenas antes de los partidos, el Parlamento y la policía.⁶ No obstante, se debe apuntar que estas encuestas normalmente no hacen la diferencia entre jurisdicción general y jurisdicción constitucional. Una diferenciación en tal sentido —sea formulada esta tesis— dirigiría en una serie de países a evaluaciones diferentes.

La considerable posición que la jurisdicción constitucional alcanzó en América Latina, en mi opinión, se debe a dos razones.

a. La Constitución como objeto de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional tiene una importante ventaja comparativa en relación con muchas áreas diferentes de la vida pública. No está limitada a ser tan buena como su objeto, es decir la Constitución, aunque puede serlo y de hecho también lo es en muchos casos.

En vistas de la tentación tradicional de las constituyentes latinoamericanas de transformar la carta magna del país en un Código —sobrecargado con promesas irreales y empeñado en detalles, y que lleva el peligro de un abismo entre la exigencia constitucional y la realidad constitucional, difícil de superar—, esta fue una situación inicial nada fácil.

La tarea fue facilitada considerablemente para los tribunales constitucionales por medio de una amplia comprensión básica común sobre lo que debe ser una Constitución y lo que no debe ser. Una comprensión de la Constitución que fue respaldada por la convicción de que esta puede cumplir mejor su tarea de valores y de configuración si es la expresión de un amplio consenso político y social, un contrato con la sociedad.

b. Percepción de foco de la jurisdicción constitucional

La segunda razón la quiero parafrasear con el término *percepción de foco de la jurisdicción constitucional*. Un estudio supracontinental de la Fundación Konrad Adenauer y del Instituto Max-Planck para el Derecho Público Extranjero y el Derecho Internacional, del año 2009, llega al siguiente resultado:

⁶ Véase como ejemplo el *Latinobarómetro 2009*, <<http://www.latinobarometro.org>>, pp. 34 ss. Entre quince instituciones, el Poder Judicial ocupa el lugar antepenúltimo, poco antes de los sindicatos y los partidos políticos. Para una comparación a largo plazo, de 1996 a 2009, véase p. 35.

El rol de la jurisdicción constitucional hoy en día no se ve tanto de manera abstracta en su conservación de la primacía de la Constitución, sino sobre todo en la protección de los derechos fundamentales de los individuos, garantizados por la Constitución, respecto de los otros poderes estatales. Con ello, se dio paso en los Estados democráticos a unos considerables recursos de legitimación para los tribunales constitucionales.⁷

3. Desafíos futuros de la justicia constitucional en el Estado de derecho

En esta parte de mi disertación quiero excluir los planteamientos de problemas muy específicos de los países, por ejemplo la pregunta a Colombia sobre cómo se pueden interrelacionar la penalidad, la justicia y la reconciliación⁸ en el contexto de un conflicto ya muy limitado, pero todavía no solucionado.

Más bien quiero exponer algunos aspectos en pocas palabras, los cuales, aunque con una diferente relevancia, representan áreas problemáticas existentes o nuevos desafíos y potenciales de riesgo.

3.1. *Comprensión constitucional*

En lugar de una comprensión constitucional que caracteriza a la fase de (re)democratización y que ve en la Constitución un contrato con la sociedad, se puede constatar parcialmente una comprensión constitucional que tiene un alto grado de ideologización y que está acompañada por un punto de vista utilitarista e instrumentalista.

En este contexto también se puede constatar parcialmente que una amplia participación tiene prioridad en el proceso constitucional a la coherencia y la factibilidad de una Constitución. Aparentemente la Constitución debe ser cedida a todos, menos a los juristas.⁹

Esto puede conducir de nuevo a lo que denominó una vez Francisco Rubio Llorente, uno de los padres de la Constitución española, con la expresión exagerada: «Esta Constitución no tiene remedio». Teniendo en cuenta las exigencias y esperanzas relacionadas con los procesos constitucionales, esto puede conducir en consecuencia a problemas de legitimidad más difíciles que los del pasado.

3.2. *Erosión de la democracia*

Quiero hacer especial énfasis en el desarrollo positivo de la democracia latinoamericana, que va acompañado de un potencial problemático.

La aprobación fundamental de la democracia ante todos los demás sistemas de gobierno sigue siendo muy alta en América Latina, aunque con evaluaciones muy

⁷ Konrad-Adenauer-Stiftung: *Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit*, o.cit., p. 12.

⁸ Acerca del debate, parcialmente muy controvertido, véase Eduardo Pizarro, León Valencia: *Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, 2009.

⁹ Los procesos constituyentes en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2007-2009) son los ejemplos más destacados.

variadas en los diferentes países.¹⁰ Sin embargo, esto no corresponde a una satisfacción con los resultados de los regímenes políticos democráticos. La respuesta al balance de eficacia de los sistemas de gobierno, que se perciben como deficitarios, ya no se refleja en los golpes militares. Mientras tanto, la población da su respuesta en las urnas electorales. Y esto conduce también a regímenes cuyo objetivo explícito consiste en el latente socavo de la democracia representativa y en su reemplazo por otras formas de legitimación de poder y de ejercicio de poder político.

En este contexto quiero retomar de manera complementaria la pregunta sobre la *cultura constitucional*. La atención no debe orientarse únicamente a las características arriba mencionadas, sino también a los procesos que se pueden denominar de *contracultura constitucional*, «cuya faceta más significativa es la *desconstitucionalización*, fenómeno que implica una suerte de vaciamiento o desmontaje del contenido y de la fuerza normativa de la Constitución, aunque ella permanezca formalmente incólume en su enunciado literal».¹¹

La jurisdicción constitucional puede representar un bastión crucial contra este latente socavo de la sustancia democrática que tiene como objetivo la construcción de una «democracia de fachada». La experiencia ha mostrado que eso, a pesar de los grandes esfuerzos, no siempre se puede lograr.

3.3. *Politización de la jurisdicción constitucional*

La pregunta de la politización de la jurisdicción constitucional es, especialmente a causa de los procedimientos de selección, un debate mundial.

El informe citado antes, del Instituto Max Planck, constató que «la selección de los magistrados de la Corte Constitucional y la realización de los fallos de la jurisdicción constitucional se cristalizaron como los puntos débiles centrales de la institucionalización de un control constitucional independiente que corresponde a las normas jurídicas. Son áreas donde se efectúa más directamente la retroalimentación de la jurisdicción constitucional en los procesos políticos».¹²

Por eso, dice el informe: «buenas razones están a favor de una configuración del proceso de selección transparente que está sometido a un control por parte de un público democrático».¹³

Pienso que vale la pena diferenciar, contrariamente a la crítica pública: no existen magistrados de la Corte Constitucional apolíticos, y si existieran estimaría esto, para decirlo de manera cuidadosa, como un problema. Magistrados que dependen de la política partidaria en sus cargos sí son un problema.

Despolitizar el proceso electoral en sí sería, en mi opinión, muy difícil y solo se podría lograr parcialmente. El planteo debe concentrarse adicionalmente en otro nivel.

¹⁰ Véase, basado en las encuestas del *Latinobarómetro 2009*, Stefan Jost: «Elecciones y democracia en América Latina: un inventario», en: *Diálogo Político*, 2/2010 (Reformas electorales), Buenos Aires, 2010, pp. 57ss.

¹¹ Néstor Sagüés: *Cultura constitucional y desconstitucionalización*, o. cit., p. 97.

¹² Konrad-Adenauer-Stiftung: *Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit*, o. cit., p. 20.

¹³ *Ibidem*, p. 10.

Juristas como ayudantes condescendientes de la política existieron en todas las épocas y en todas las regiones del mundo. Pero esta observación histórica no justifica su existencia. Ellos perjudican al derecho y perjudican a la democracia.

Aquí se exige a cada juez, considerando las garantías de su oficio, despolitizarse a sí mismo de influencias partidistas. Confieso abiertamente que el límite entre esperanza e ilusión es muy difuso. Pero existen ejemplos para que eso sea posible. Es evidente que la relación con una ética profesional que debe incluirse muy temprano en la formación de un jurista.

3.4. «Checks and Balances»

La inestable estructura de los poderes, la real configuración de la separación de poderes, de los «pesos y contrapesos», representa un tema permanente cuando se habla de sistemas de gobierno latinoamericanos. Aquí existe una gran necesidad de discusión y de actuación, sin engancharse inevitablemente a la reactivación del debate *presidencialismo versus parlamentarismo*,¹⁴ cuyos factores desencadenantes fueron además otros planteamientos que la separación de poderes.

El planteamiento del problema *separación de poderes* se presenta hoy en tres diferentes formas.

Forma tradicional. En la manifestación tradicional de esta problemática nos encontramos ante una situación en la cual se practican, por un lado, criterios de separación formales, sobre todo entre Poder Ejecutivo y Parlamento,¹⁵ con una rigidez que representa —según mi visión personal que quizás sea excesivamente europea parlamentaria— un obstáculo de eficiencia y un problema de credibilidad para un sistema político. Por otro lado, la separación de poderes, sobre todo en su relación con la justicia, ya aparece —exagero un poco— como cuento de otro mundo.

Aquí, fundamentalmente, muy poco ha cambiado.

Debate de reelección. Una forma actual de esa problemática la representa el «gen latinoamericano de continuación», un fenómeno que vuelve periódicamente y que afecta especialmente a los presidentes de Estado en funciones.

No se trata, y aquí también soy consciente de mi predisposición europea-alemana, de un rechazo general a la reelección. Excepto los criterios de evaluación que se basan en la cultura política, el problema más grave consiste en que, en mi opinión, estas dos ambiciones, que ya fueron realizadas parcialmente, se vinculan con una reelección del presidente del Estado, a lo mejor ilimitadamente posible y dotada con periodos electorales largos, mientras que la estructura constitucional institucional queda a la vez inalterada. Esto representa grosso modo un serio peligro para la separación de poderes.

¹⁴ Todo se inició con un ensayo de Juan Linz que se puso a discusión a mediados de los años ochenta pero se publicó solo unos años después («Democracia: ¿presidencialismo o parlamentarismo? Hace alguna diferencia?», en J. Linz y otros: *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Santiago, 1990, pp. 42-108) y llevó a un amplio debate en la ciencia política en América Latina y Europa, pero no tuvo efectos significativos en las Constituciones latinoamericanas.

¹⁵ Esto vale, por ejemplo, para la incompatibilidad entre un cargo ministerial y un mandato, que rige en varios países, o la prohibición de presentarse al mismo tiempo para la presidencia del Estado y un mandato en el Parlamento.

Todavía no considero este debate como cerrado. Vale esperar si esto conduce a un nuevo pero esta vez ojalá serio debate fundamental sobre la forma del sistema de gobierno.

Se requiere, si todos los otros mecanismos en el área meramente política fallan, sobre todo de las Cortes constitucionales. Las más recientes experiencias han mostrado que estas cumplen con los requerimientos de su papel de maneras muy diferentes.¹⁶

Nuevas formas. Finalmente, se debe destacar una nueva constelación, que entró en el debate político pero también en las Constituciones, que todavía no alcanzó, según mi conocimiento, la jurisdicción constitucional.

Estoy hablando de la figura del *control social*,¹⁷ que abarca ahora bajo el término *roll over* el de la *democracia participativa*. Detrás de este término se esconde principalmente la tendencia a la superposición de instituciones legitimadas democráticamente por instrumentos de control extrainstitucionales que no son legitimados por nadie más que por ellas mismas y politizadas por el Poder Ejecutivo.

Si se tiene en cuenta que en el contexto de este *control social* se discute no solamente la elección de los magistrados por el pueblo, sino también su destitución, lo cual entró parcialmente en las Constituciones, es evidente por dónde va el camino.

Aquí, la jurisdicción constitucional va a encontrarse ante el desafío, igual que en el debate de la reelección, de evaluar los efectos de tales construcciones sobre el núcleo constitucional democrático.

3.5. Problema conceptual: pluralismo de derecho

Un planteo de problema que no concierne a todos los países latinoamericanos de la misma manera pero que, por otro lado, no depende solamente de la cuota porcentual que tiene un grupo específico en la población total, se puede parafrasear con el término *pluralismo de derecho*.¹⁸

La pregunta es tan fácil de formular como difícil de contestar. ¿Conduce el *pluralismo de derecho* a un dualismo compatible de conceptos de Estado de derecho o se debe temer un ablandamiento o hasta una anulación de los tradicionales principios de Estados de derecho? ¿Se debe diseñar el pluralismo de derecho conforme al Estado de derecho?

Hemos podido constatar en una simulación constitucional a cuáles configuraciones problemáticas puede conducir un concepto exagerado del pluralismo de dere-

¹⁶ Aquí bastará la referencia a la politización partidaria y la subordinación de la Corte Suprema de Nicaragua al Poder Ejecutivo, por un lado, y por otro, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que rechaza la segunda reelección del presidente del Estado.

¹⁷ Para el caso de Bolivia véase una opinión crítica en Stefan Jost: Bolivien: «Politische Neugründung in der Sackgasse», en: *GIGA Focus*, n.º 7, Hamburgo, 2008, p. 5. Una visión más optimista sostiene Roger Cortez Hurtado: «Control social. La desconfianza armada», en: Konrad-Adenauer-Stiftung: *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, La Paz, 2009, pp. 322-356.

¹⁸ Para un resumen, véase Rudolf Huber y otros (coords.): *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, México, 2008, o también GTZ: *Efectos del pluralismo jurídico desde arriba y desde abajo sobre el Estado de derecho*, <http://www2.gtz.de/dokumente/bib-2010/gtz2010-0372es-efectos-pluralismo-juridico.pdf>.

cho.¹⁹ Vamos a experimentar en los próximos años en el «laboratorio Bolivia» cómo un proyecto constitucional fracasado y una nueva Constitución serán amalgamados con la ayuda de una jurisdicción constitucional sincronizada y a qué concepto de Estado de derecho ello conducirá.

3.6. Nuevos procesos de ponderación para la valoración de bienes legales

Un último aspecto está relacionado con que las Cortes Constitucionales se van a enfrentar con nuevos procesos de ponderación para la valoración de bienes legales. Para presentar un ejemplo: el desarrollo económico conducirá a que, en algunos países, los derechos de propiedad y los asuntos de protección al medio ambiente se vuelvan un tema conflictivo. Si se trata de países con una pequeña población indígena, esta problemática se agravará ante las numerosas normas para la protección de grupos de población indígena.²⁰

Este desarrollo se ve también opacado por un cambio de cualidades legales y relaciones legales. Por eso, para citar un ejemplo, las normas ambientales ya no se perciben como meras regulaciones técnicas; por el contrario, se examina su implicación por ejemplo en los derechos humanos.

La capacidad de resistencia política y social de algunos temas gubernamentales se debe evidenciar primero. Los tribunales constitucionales se encontrarán en el centro de las polémicas.

4. Observaciones finales

Al final, algunas pocas observaciones. Los aspectos que expuse representan solamente una selección de planteos imaginables. No obstante, pienso que estos aspectos mencionados son decisivos para una visión generalizada del tema y han hecho evidentes algunos problemas estructurales, así como desafíos.

A pesar de los análisis y evaluaciones críticos en casos aislados, sostengo mi tesis de que, respecto al desarrollo de las Constituciones, a la comprensión constitucional, pero sobre todo a la jurisdicción constitucional en América Latina, se trata de una *historia de éxito*. Sin embargo, esto no significa que el *point of no return* ya haya sido alcanzado en todas partes.

Se puede constatar más bien que, al lado de considerables progresos y consolidaciones, existen dramáticos retrocesos y profundas *desinstitucionalizaciones*. Se trata de una polémica básica. Tengo la impresión, y permítanme esta observación personal, de que esta polémica está llevada por muchos juristas de una manera excesivamente defensiva.

«No tenga miedo de tronos.» Pienso que esta frase de la época de la Ilustración europea ganó un nuevo significado en América Latina. Por eso vale la pena con-

¹⁹ Véase Stefan Jost: «Kritische Anmerkungen zum bolivianischen Verfassungsprozess», en Tanja Ernst, Stefan Schmalz (eds.): *Die Neugründung Boliviens? Die Regierung Morales*. Baden-Baden, 2009, pp. 33-45.

²⁰ En este contexto se debe nombrar, por ejemplo, la institución de la *consulta previa*.

struir una masa crítica en todos los países, difundirla y apoyarla activamente; una masa que se componga no solamente de juristas sino de una amplia coalición de todos por los cuales la democracia y el Estado de derecho van juntos. Una masa crítica que tenga la capacidad de dedicarse críticamente a preguntas complejas pero que tenga también el coraje de llevar las nuevas comprensiones al público, hacer publicidad para ellas y defenderlas —también y más que nada allí donde la corriente política dominante ve en la justicia independiente su principal adversario.

Congresos como el de hoy representan una excelente posibilidad para abordar estos desafíos constructivamente.

Algunos desafíos de la justicia constitucional en América Latina

Jesús M Casal*

1. Introducción

América Latina es un espacio cultural común en muchos aspectos y, al mismo tiempo, es una realidad heterogénea. Ello es aplicable al plano institucional y, en particular, al desenvolvimiento de la justicia constitucional en la región. Nuestros sistemas de justicia constitucional se han desarrollado con el antecedente de generosas proclamaciones constitucionales alusivas a la supremacía de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, contrastantes con una dinámica político-social resistente a la normatividad jurídica o incluso propensa a instrumentalizarla. Pero hay importantes diferencias en la evolución política de cada país y los momentos de relativa salud institucional para unos han sido de pesadumbre para otros.

Una tendencia compartida apreciable en las últimas décadas consiste en la instauración de salas o tribunales constitucionales como órganos supremos especializados en la interpretación y defensa de la Constitución, lo cual se ha producido en virtud de la incorporación de un órgano así denominado dentro de la estructura jurisdiccional o estatal o del perfilamiento funcional de instancias superiores de la justicia ordinaria como tribunales o salas constitucionales. Esto ha conducido, en muchos ordenamientos, a la adopción de modalidades de control típicas de sistemas concentrados de justicia constitucional dentro de sistemas cuya base ha sido más bien difusa o mixta. Las consecuencias de la entrada en escena de este nuevo actor institucional sobre los rasgos generales del respectivo sistema es algo que

*Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

ha de valorarse en cada ordenamiento, pero en muchos ha favorecido cierta concentración competencial, no siempre aconsejable, y un plausible robustecimiento de los controles jurisdiccionales y de los medios de defensa de la Constitución. A esta elevación de los estándares de la protección jurisdiccional de la Constitución han contribuido significativamente la expansión cuantitativa y cualitativa de los derechos constitucionales y el fortalecimiento de la garantía internacional de los derechos humanos.

En este contexto variopinto se inscriben estas breves reflexiones sobre algunos desafíos de la justicia constitucional en América Latina. Estas no pretenden ser exhaustivas ni sistemáticas. Solo apuntan a ciertos derroteros de la justicia constitucional en nuestras naciones, los cuales no necesariamente son nuevos aunque sí pueden haber adquirido en algunas latitudes un cariz particular en tiempos recientes. Algunos planteamientos están, además, influenciados por el devenir de la justicia constitucional en el país desde el cual se escriben.

2. La articulación con la protección internacional de los derechos humanos

Vivimos en una etapa caracterizada por la internacionalización del orden constitucional así como por la constitucionalización del orden internacional. Los problemas constitucionales están cada vez más entrecruzados con normas jurídicas internacionales o responden en su propia esencia a criterios provenientes del derecho internacional público.¹ A su vez, principios originados en el derecho constitucional se están proyectando al orden internacional, especialmente a través de los procesos de integración supranacional.²

Una gran tarea de la justicia constitucional es precisamente la de servir de válvula por la cual fluyan adecuadamente estas corrientes bidireccionales. Los tribunales o salas constitucionales, orgánica o funcionalmente hablando, no son en ningún sentido los dueños del canal por el cual esa relación se despliega ni les corresponde administrar o dosificar a su libre arbitrio o por juicios de conveniencia el alcance de la proyección en una u otra dirección. Su papel sigue siendo en este campo jurídico-interpretativo, solo que se enfrentan a un tejido normativo más complejo que el habitual. Si vemos el asunto desde la perspectiva de la internacionalización del orden constitucional, constatamos que dichos órganos deben proteger no solo los derechos consagrados en las correspondientes Constituciones, a la luz de sus criterios previos de interpretación y eventualmente con una mirada al derecho comparado o a la jurisprudencia internacional, sino también esos mismos derechos u otros no previstos en el texto constitucional leídos ahora desde la formulación que poseen en los tratados internacionales y de la interpretación que en ese ámbito han recibido. Si lo vemos desde la óptica de la constitucionalización del orden internacional, dichos órganos pueden ser llamados a controlar los tratados de integración que el Estado pretenda ratificar con el objeto de determinar su compatibilidad con la Constitución, la cual a menudo dependerá de la existencia de instituciones o meca-

¹ Matthias Herdegen: «La internacionalización del orden constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, pp. 71 ss.

² Jesús M. Casal: *Los derechos humanos y su protección*. Caracas: UCAB, 2009, pp. 209 ss.

nismos supranacionales que preserven ciertos principios materiales o estructurales de la Constitución, de modo que el traspaso competencial que esos procesos llevan aparejados no implique el menoscabo de aquellos sino más bien su prolongación a un nuevo ámbito de poder.

Nos interesa centrar la atención en la proyección de la normativa internacional de derechos humanos en el derecho interno, particularmente en el marco del sistema interamericano de protección. Uno de los mayores desafíos que en esta esfera se está planteando a las salas o tribunales constitucionales estriba en la determinación del alcance y de las formas de instrumentación de su deber de observar los respectivos tratados y los pronunciamientos de los organismos internacionales de protección de derechos humanos allí previstos.

Los tribunales o salas constitucionales deben respetar en sus decisiones los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales ostentan en muchos países de la región jerarquía constitucional y frecuentemente se integran a la categoría del bloque de la constitucionalidad. En todo caso, con independencia de esa jerarquía constitucional están también obligados, como órganos del Estado, a acatar los pronunciamientos de los organismos internacionales competentes a tenor de dichos tratados. Además, no pueden desconocer los criterios interpretativos sentados por ellos, pero es necesario hacer mayores precisiones para esclarecer los términos de esta sujeción interpretativa, la cual se analizará considerando el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional, y de la Convención Americana de Derechos Humanos como base normativa.

2.1. Alcance del deber de seguimiento de las interpretaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Es claro que los tribunales o salas constitucionales y los jueces constitucionales en general, al acudir como parámetro normativo a la Constitución o, por remisión o apertura de esta, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueden interpretar los derechos reconocidos en la Convención con una amplitud mayor a la reconocida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como también aportar criterios interpretativos en materias aún no exploradas o resueltas por la jurisprudencia interamericana. Lo que sea una interpretación extensiva o amplificadora de derechos, que está al alcance de los tribunales nacionales de acuerdo con la propia Convención (art. 29, literales b y c), no siempre será algo fácil de determinar, al menos no desde un solo ángulo, pues la visión generosa de un derecho puede implicar el ahogamiento de otro, por lo que el examen correspondiente ha de tener en cuenta el conjunto de los derechos humanos. Pero ello no compromete el principio arriba enunciado.

Los interrogantes surgen en relación con los demás supuestos, ya que cabe preguntarse si los tribunales nacionales, entre ellos los jueces constitucionales, están en rigor obligados a seguir todas y cada una de las interpretaciones de normas de la Convención realizadas por la Corte Interamericana. La Convención no es categórica al respecto. Su artículo 68 obliga a los Estados a «cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte», sin hacer mención a la eventual fuerza vinculante de sus interpretaciones, incluso respecto de casos en los que el Estado correspondiente no haya sido parte. No obstante, el artículo 62.3 alude a la competencia de la Corte para «conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención».

Esta temática conduciría a examinar el valor de la jurisprudencia en el derecho internacional público, con los matices que deban introducirse en el campo de los derechos humanos, pero lo que ahora importa es constatar la comprensión que tiene la propia Corte Interamericana sobre el alcance de su jurisprudencia. Al respecto, esta ha desembocado en el desarrollo del control de convencionalidad, que presupone una sujeción del Estado y de los tribunales no solo a la Convención Americana como tratado internacional sino también «a la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».³

La cristalización del control de convencionalidad teniendo como parámetro tanto las interpretaciones de la Corte Interamericana como las disposiciones del tratado implica conferir a esas interpretaciones fuerza vinculante, lo cual coadyuvará a un robustecimiento de la protección de los derechos humanos en la región. Sin embargo, desde la perspectiva de la articulación y mutua consideración entre el orden interno y el internacional en que ahora nos situamos, es preciso señalar que debe preservarse un espacio para la participación de los jueces nacionales en la construcción jurisprudencial del derecho de los derechos humanos. Tal como lo enseñan los sistemas jurídicos que cuentan con la regla del *stare decisis* o del precedente vinculante, el papel de los órganos judiciales inferiores en grado en la formación de la doctrina jurisprudencial es fundamental y es deseable que la jurisprudencia interamericana deje márgenes para la técnica de la distinción y para la adaptación de los precedentes en función de las peculiaridades del caso. La identificación de ese campo para la colaboración es un desafío tanto para la Corte Interamericana como para los tribunales nacionales y en particular para los jueces constitucionales. El control de convencionalidad plantea adicionalmente retos de índole más bien procesal. A continuación aludiremos a uno de ellos.

2.2. La instrumentación del control de convencionalidad

Un asunto relevante relacionado con el control de convencionalidad es determinar la forma en que debe ser ejercido al interior de cada Estado parte en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha limitado a establecer que: «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también *de convencionalidad ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».⁴ Esta última frase ha sido entendida como una apertura de la Corte a la existencia de modelos diversos de control de convencionalidad, cuya variación estará normalmente asociada, si

³ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párr. 124. Véase también Humberto Nogueira Alcalá: «Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano», en: *Ius et Praxis*, 2006, n.º 2, pp. 363 ss.; Néstor Sagüés: «El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales», en: *La Ley*, 19 de febrero de 2009, pp. 1 ss.

⁴ Cf., entre otros, el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de la Corte Interamericana del 24 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 158, párr. 128.

este control se ejerce sobre leyes,⁵ a las características del correspondiente sistema de control de la constitucionalidad.

Esta aproximación es en principio acertada, pero requiere de algunas puntualizaciones. La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad ciertamente no obliga a que exista un control difuso en la materia, en virtud del cual cada juez nacional esté facultado para desaplicar las leyes contrarias a la Convención. No obstante, de esa jurisprudencia y del conjunto de ella se deducen algunas limitaciones a la libertad del Estado para configurar su sistema de control de convencionalidad, entre las cuales dos son especialmente relevantes:

a. Ilicitud de la aplicación judicial de leyes contrarias a la Convención

Los Estados no pueden realizar actuaciones que contravengan lo dispuesto en los tratados internacionales de los cuales sean parte. Esta es una consecuencia elemental del principio *pacta sunt servanda*, que encuentra reflejo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por eso puede afirmarse que, en materia de derechos humanos, las autoridades no deben ejecutar actos lesivos de estos derechos, aun cuando puedan estar previstos en alguna ley. Esto implica que, si la aplicación de una ley interna va a traducirse en la vulneración de un derecho humano, las autoridades nacionales están obligadas a omitir tal aplicación. Ello se infiere ante todo de las obligaciones generales que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2) impone a los Estados partes, pues sería evidentemente un incumplimiento del deber de respeto que recae sobre todas las autoridades del Estado, incluyendo a los jueces, que estas ejecuten una ley contraria a la Convención y cometan, con ello, la violación de algún derecho humano.

No obstante, la concreción de esta obligación de abstenerse de aplicar leyes contrarias a la Convención puede sufrir modulaciones en cada ordenamiento en función del tipo de autoridad llamada en principio a ejecutar dichas leyes, particularmente cuando la contradicción se refiera a alguna interpretación sentada por la Corte Interamericana. No siempre será fácil para un funcionario administrativo determinar tal incompatibilidad. De ahí que la jurisprudencia interamericana haga recaer sobre los jueces una responsabilidad especial. El control de convencionalidad se coloca en manos de los jueces en atención a las especiales funciones que habitualmente están llamados a desempeñar en el campo de la interpretación y aplicación del derecho. La Corte Interamericana quiere que ellos se erijan en guardianes de la conformidad de las leyes o normas internas con la Convención, cuando su aplicación pueda menoscabar la eficacia del tratado. De ahí que haya declarado en su jurisprudencia que «los jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo

⁵ Téngase en cuenta que el control de convencionalidad puede también recaer sobre reglamentos u otras normas sublegales, caso en el cual el control de convencionalidad no necesariamente ha de discurrir por los cauces del control de constitucionalidad de las leyes. El control de convencionalidad podría incluso ejercerse sobre normas constitucionales. Véase Sagües, o. cit.

que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos».⁶

Por tanto, la participación de los jueces en el control de convencionalidad los obliga, por lo menos, a no aplicar las leyes contrarias a la Convención, considerando a estos efectos tanto el texto del tratado como la jurisprudencia de la Corte. Esto por sí solo tiene consecuencias a la hora de configurar el control de convencionalidad en cada ordenamiento. Así, un sistema como el mexicano, en el cual los jueces ordinarios o jueces de las entidades federativas nunca están facultados para desaplicar leyes, según la interpretación dominante,⁷ quebrantaría las exigencias jurisprudenciales del control de convencionalidad, ya que la posibilidad del control quedaría diferida para un momento posterior a una primera aplicación judicial, tras una por lo general larga cadena recursiva. Cadena recursiva que solo tendrá lugar si alguna de las partes interpone los correspondientes recursos, lo cual se contrapone a la posibilidad del ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad que la Corte Interamericana ha reconocido. El control de convencionalidad excluye, pues, el establecimiento, respecto de ciertos tribunales, de un deber judicial absoluto de aplicación de las leyes, aun de las contrarias a la Convención.

En el caso de los ordenamientos que no facultan a los jueces ordinarios para desaplicar leyes que consideren contrarias a la Constitución pero prevén la elevación de una cuestión o consulta de inconstitucionalidad ante una sala o tribunal constitucional, el control de convencionalidad pudiera discurrir por los mismos cauces. En estos sistemas los jueces ordinarios no están obligados a aplicar las leyes que estimen incompatibles con la normativa suprema de referencia, sino que en lugar de hacerlo someten el asunto a la determinación del órgano jurisdiccional especializado. Este reparto de tareas, en el cual el juez ordinario reconoce en el caso concreto la posible inconstitucionalidad o anticonvencionalidad de una norma legal y otra instancia jurisdiccional toma la decisión sobre este particular, no se opone en principio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque habrá de examinarse si está en consonancia con los requerimientos del derecho al recurso efectivo y de las garantías judiciales.

b. Necesaria conformidad del control de convencionalidad con el derecho al recurso efectivo (o a la protección judicial) y con las garantías judiciales

Los sistemas de control de constitucionalidad de la ley de índole concentrada que hacen recaer en los jueces ordinarios la función de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, trasladados al ámbito de control de convencionalidad son en principio compatibles con la Convención pero pueden suscitar problemas desde la óptica de los derechos mencionados.

La elevación de la cuestión de inconstitucionalidad suele generar el efecto de paralizar la causa una vez que llega al estado de sentencia, si para entonces la sala

⁶ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, o. cit.; caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C, n.º 209, párr. 339.

⁷ Cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons/UNAM, 2009, pp. 320-321.

o tribunal constitucional no ha dictado el respectivo pronunciamiento. Adicionalmente, no es extraño que la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad se prolongue por bastante tiempo, lo cual puede estar influenciado por el alcance y efectos del control que la sala o tribunal constitucional ejerce, pues este no se limita a declarar si la inconstitucionalidad señalada por el juez en el caso concreto existe y si en consecuencia la ley puede ser desaplicada, sino que supone un análisis de la constitucionalidad de la ley que desemboca normalmente en su anulación si la inconstitucionalidad del precepto se confirma.

Un sistema concentrado de control de la convencionalidad que genere grandes retrasos en los procesos y que impida un pronunciamiento en un plazo razonable sobre la convencionalidad de una ley puede vulnerar derechos reconocidos en la Convención, especialmente el derecho a un recurso efectivo (o a la protección judicial) y las garantías judiciales. Además, en un contexto así pudiera verse lesionado el propio derecho de fondo que se opone a la aplicación de la ley considerada contraria a la Convención.

Esta es una conclusión que se desprende de la jurisprudencia general de la Corte Interamericana, no de la doctrina específica hasta ahora sentada en materia de control de la convencionalidad, pero interesa poner de relieve esta limitación a la facultad del Estado de configurar su sistema de control de la convencionalidad.

3. La consolidación de la identidad garantista de la justicia constitucional

Al interior de nuestros sistemas de justicia constitucional y de nuestros ordenamientos jurídicos es posible reconocer otros retos de índole tanto material como procesal. Aludiremos a uno de los primeros, relacionado con la manera de entender las funciones de la justicia constitucional.

La misión principal de la jurisdicción constitucional estriba en coadyuvar a limitar y controlar el ejercicio del poder público. Esta es la esencia histórica de la Constitución, que conserva vigencia en las actuales democracias y ha de marcar la actuación de los tribunales constitucionales. El *telos* de la Constitución sigue siendo «la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político»,⁸ lo cual tiene como fin último la protección de los derechos fundamentales. Ha cambiado la idea que se tiene de estos derechos, cuyos contenidos sociales o prestacionales se han incrementado o hecho más visibles. Se ha transformado la manera de entender la limitación del poder público por la Constitución, dado que preocupan no solo los abusos contra la libertad individual que puedan cometer los órganos del Estado sino también las vulneraciones de derechos originadas en su inacción o negligente desempeño. Pero la idea de la fijación de límites para la preservación de espacios de autonomía es capital en el constitucionalismo de hoy, como lo es la de procurar condiciones de vida que no atenten contra la dignidad de la persona. La limitación y control del poder público no es una tarea exclusiva de la jurisdicción constitucional, pero ha de distinguir el funcionamiento de los tribunales constitucionales.

En atención a la experiencia de algunos países latinoamericanos pareciera recomendable emprender una discusión abierta, dispuesta a la revisión de dogmatismos, sobre las cautelas que sería aconsejable adoptar para impedir que los tribuna-

⁸ Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 151.

les o salas constitucionales sean utilizados para erosionar el Estado de derecho y la democracia. Ello conduce a hacer énfasis en la adecuada formulación y aplicación de los procedimientos y criterios de selección de los magistrados de esa instancia jurisdiccional, entre otros temas clásicos. Es relevante la exigencia de mayorías calificadas en el órgano parlamentario generalmente competente para la designación, pero es conveniente ir más allá.

Luce necesario también promover con determinación el modelo de una jurisdicción constitucional que no es neutral, cuya tarea no se reduce a asegurar la observancia de una Constitución como puro texto supremo y considerada como un todo homogéneo, sino que otorga un peso singular a la garantía de la libertad y de los derechos fundamentales, así como a la preservación de los equilibrios institucionales. Tal función de la jurisdicción constitucional por lo general no está expresamente mencionada en los textos constitucionales, pero puede colegirse del *telos* de la Constitución y de sus principios fundamentales. Esto presupone la existencia de una Constitución inscrita en el constitucionalismo democrático, lo cual es la regla en la región.

Lo dicho no implica negar la variedad de los asuntos que pueden ser planteados ante la jurisdicción constitucional ni la diversidad que resulte de la especificidad de cada país; se trata solo de reforzar en la justicia constitucional ese perfil funcional básico, de modo que la defina y difícilmente pueda ser soslayado por algún tribunal o sala constitucional. Sabemos que el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Europa y en Latinoamérica ha conducido precisamente a su configuración como una jurisdicción constitucional de la libertad y lo que se propone es que esa tendencia, reflejada a menudo en análisis descriptivos, se consolide en la región como un modelo prescriptivo.

Procesos políticos como el venezolano muestran cómo las instituciones constitucionales pueden ser socavadas desde dentro hasta el punto de adulterar la misión que es propia de la justicia constitucional y de degradarla a la condición de herramienta de una hegemonía político-ideológica. Cuando un tribunal o sala constitucional es controlado para colocarlo al servicio de esos propósitos, es enorme el daño que pueden padecer la democracia y los derechos fundamentales. Su estatus como órgano supremo de interpretación de la Constitución le permite brindar legitimidad ético-jurídica a medidas contrarias a derecho adoptadas por las autoridades, lo cual puede conducir a cerrar un debate crítico abierto en la sociedad a raíz de tales medidas. Esta tarea legitimadora tiene por supuesto sus límites, pues cuando se hace palpable el móvil y carácter político-ideológico de las sentencias del órgano judicial él mismo termina perdiendo autoridad jurídica. Pero entretanto se puede haber causado mucho daño y la capacidad de resistencia ante los abusos que pretenden ser convalidados, haberse debilitado sustancialmente. Se trata de evitar que llegue a producirse la colonización político-ideológica de los tribunales o salas constitucionales y que estos terminen siendo utilizados, contra su propia esencia y vocación histórica, como caballos de Troya para la democracia.

En contextos de profundos deterioros de la institucionalidad impulsados desde las propias instancias de poder democráticamente legitimadas es poco lo que se puede hacer con mecanismos técnico-procedimentales e incluso con modelos funcionales para preservar la identidad garantista de la justicia constitucional, pues esta se vacía de sustancia y se convierte en instrumento de dominación. Pero es preciso adoptar cautelas y establecer cortafuegos en ambas esferas, que deben ir acompañados de herramientas nacionales e internacionales efectivas de protección del orden constitucional y democrático.

La importancia de la justicia constitucional en América Latina

Samuel B. Abad Yupanqui*

Antes de efectuar algunas reflexiones en torno a la ponencia del profesor Stefan Jost, quisiera agradecer a los organizadores por su gentil invitación y aunarme al justo homenaje que en este evento académico se efectúa a nuestro buen amigo, el Dr. Horst Schönbohm, por su larga e impecable trayectoria en beneficio de la reforma del sistema de justicia en el Perú. Personas como el Dr. Schönbohm nos ayudan a mirar la justicia como un elemento indispensable para fortalecer la democracia en el país y a tomar conciencia de que en estos retos los amigos procedentes de otros países también se encuentran comprometidos.

Ahora bien, ingresando a la temática abordada en la ponencia, podemos decir que las agudas reflexiones formuladas por el profesor Stefan Jost nos dejan la siguiente inquietud: ¿en qué medida la justicia constitucional¹ ha contribuido al desenvolvimiento del Estado de derecho en América Latina y cuáles son los desafíos que le depara el futuro?

Para brindar una cabal respuesta a esta interrogante hay que tomar en cuenta algunos elementos básicos que distinguen la justicia constitucional en América Latina de aquella que impera en países europeos. Y es que la justicia constitucional no es una isla: su desenvolvimiento se ve influenciado por el contexto en el cual se desarrolla. En efecto, no hay que olvidar que en América Latina el Estado no está

* Profesor principal de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ En este trabajo utilizamos las expresiones *justicia* y *jurisdicción constitucional* como sinónimas, aunque reconocemos sus orígenes y diferencias. No está demás indicar que preferimos utilizar la expresión *derecho procesal constitucional*, pues reconocemos la relevancia de la teoría general del proceso en el desarrollo de esta disciplina.

presente a plenitud en todo su territorio; en muchas ocasiones está ausente, es decir, el Estado —y con ello la justicia constitucional— no llega. Además, contamos con instituciones democráticas débiles y presidentes de la República fuertes que se sienten y actúan como caudillos. Los golpes de Estado han sido frecuentes y la pobreza y pobreza extrema hacen difícil que los derechos sociales tengan plena vigencia para todas las personas. A ello se unen la alta conflictividad social y el problema de la corrupción, tan enraizado en nuestros países. Estos y otros aspectos marcan la diferencia de América Latina con otras realidades. De ahí que en nuestros países los retos sean mayores. No obstante, algunas experiencias nos demuestran —y entusiasman— sobre la relevancia de la justicia constitucional.

1. Un breve repaso a la experiencia comparada en América Latina

Como bien recuerda la doctrina, la introducción de la *jurisdicción constitucional* impone «otra concepción del ordenamiento jurídico y, a corto plazo, la aceptación de una nueva fuente del derecho: la jurisprudencia constitucional».² Por tanto, vale la pena recurrir a algunos ejemplos de la experiencia comparada que demuestran una labor creativa en los tribunales constitucionales que han aportado al fortalecimiento del Estado de derecho en América Latina.

Una experiencia importante se presentó en Argentina cuando la Corte Suprema creó jurisprudencialmente el proceso de amparo en 1957 (caso *Angel Siri*), que no se encontraba previsto ni por la Constitución ni por la ley. En tal ocasión, a través del amparo se dispuso el levantamiento de la orden de clausura de un diario dispuesta por el Gobierno.³ Posteriormente, en el caso *Samuel Kot* (1958), la Corte admitió la procedencia del amparo contra particulares. Fue recién en 1966 que se dictó la primera ley de amparo y en 1994 que dicho proceso adquirió rango constitucional. Es decir, las reglas procesales del amparo argentino, destinado a proteger los derechos fundamentales, fueron desarrolladas básicamente por la jurisprudencia desde 1957 hasta 1966.

Algo similar ocurrió en Venezuela. En efecto, la Constitución de 1961 consagró el amparo en su artículo 49. Sin embargo, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales recién fue promulgada el 22 de enero de 1988, es decir 27 años después. Pese a ello, con anterioridad el amparo se había convertido «por creación jurisprudencial, en el medio más efectivo de protección frente a las violaciones de derechos constitucionales en Venezuela».⁴

Un caso de relevancia histórica se suscitó en Guatemala, el 25 de mayo de 1993, con motivo del golpe de Estado dispuesto por el entonces presidente Jorge Serrano Elías. Y es que el decreto denominado «Normas temporales de gobierno», que

² Marian Ahumada Ruiz: *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Thompson-Civitas, 2005, p. 37.

³ En tal ocasión sostuvo la Corte: «[...] basta esta comprobación inmediata, para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias».

⁴ Carlos M. Ayala Corao: «La acción de amparo constitucional en Venezuela», en Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao: *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1988, p. 120.

suspensión determinadas disposiciones de la Constitución, disolvía el Congreso y destituía a la Corte Suprema entre otras arbitrariedades, fue declarado de oficio inconstitucional por la Corte Constitucional, sin que este tipo de legitimación se encuentre expresamente regulada. Ello permitió a la Corte, el mismo 25 de mayo, intervenir sin tener que esperar la presentación de alguna demanda y de esa manera contribuir al fracaso del golpe de Estado.

En tal ocasión la Corte consideró que: «Los actos realizados por el presidente de la República [...] no solo transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional». Se trató de una situación de excepción debido a la existencia de un golpe de Estado que de subsistir hubiera tornado inútil la propia función de la Corte: «Así pues, con el orden constitucional in extremis, la Corte decidió acudir a su última finalidad, a su razón de ser: la defensa del orden constitucional como su función esencial [...]».⁵

Finalmente, podemos mencionar la importante labor que viene desempeñando la Corte Constitucional colombiana, que no solo ha extendido los efectos de sus sentencias de tutela o amparo para beneficiar a terceros que no fueron parte en el proceso, a través de la declaración de un «estado de cosas inconstitucional»⁶ —tal como sucedió al examinar la situación carcelaria—, sino que ha señalado que solo ella —y no el legislador— puede determinar los efectos de las sentencias constitucionales. Así ha sostenido, al evaluar la validez constitucional de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que «solo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias», agregando que «el legislador estatutario no podía delimitar ni establecer reglas en torno a las sentencias que en desarrollo de su labor suprema de control constitucional ejerce esta Corte» (C-037 de 1996).

Un caso reciente y de especial relevancia fue la sentencia C-141/10, que impidió que continuara el procedimiento de referéndum, el cual hubiera permitido un pronunciamiento ciudadano sobre la propuesta de reforma constitucional que autorizaba una nueva reelección del presidente Uribe. En tal ocasión la Corte colombiana señaló que el financiamiento de la campaña a favor del referéndum fue irregular. Se utilizó una asociación para realizar labores que le correspondían a los promotores, se gastó una suma seis veces superior a la autorizada por el organismo electoral y se recibieron aportes individuales que superaban casi treinta veces lo permitido. La Corte concluyó afirmando que «toda la actuación fue dirigida a burlar los mandatos legales y constitucionales». Y es que la reelección no favorece la institucionalidad democrática que requiere de la alternancia en el poder, contribuye a que el poder

⁵ Mattias Herdegen: «La Corte de Constitucionalidad como último guardián del orden constitucional», en: *Contribuciones*, n.º 2, Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1994, p. 42.

⁶ Así por ejemplo, la Corte en la SU 559/97, actuando como magistrado ponente Eduardo Cifuentes, consideró que: «Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule».

de turno adecue los procedimientos en su beneficio y muchas veces esconde irregularidades en la gestión. Con esta sentencia, la Corte colombiana demostró que es posible que un país latinoamericano cuente con un sólido órgano de control constitucional que impida el continuismo arbitrario en el poder.

En el Perú también se han presentado casos importantes. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha ido creando «nuevos» derechos como el derecho a la verdad, y ampliando los derechos de los consumidores y usuarios (exp. n.º 008-2003-AI/TC) aplicando la teoría de los derechos implícitos o innominados. Así, en el caso *Genaro Villegas Namuche* (exp. n.º 2488-2002-HC/TC), sostuvo que «al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible».

Igualmente ha establecido límites a la potestad punitiva del Estado. Una sentencia particularmente relevante en esta materia ha sido aquella que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria interpuesta por Marcelino Tineo Silva y otros (exp. n.º 010-2002-AI/TC). Dicha decisión permitió que el Poder Judicial pudiese revisar todos aquellos procesos sobre terrorismo que habían sido realizados sin respetar el debido proceso, incluso aquellos que estuvieron a cargo de los tribunales militares.

En síntesis, podemos apreciar que los jueces constitucionales —ya formen parte del Poder Judicial o se trate de un Tribunal Constitucional— han venido aportando a la consolidación del Estado de derecho, a través de la interpretación e integración constitucional, con la finalidad de garantizar la defensa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

2. Los riesgos: iniciativas para debilitar a los Tribunales Constitucionales.

El caso peruano

Cada cierto tiempo se escuchan voces que proponen establecer límites legales al Tribunal Constitucional. Esto suele ocurrir luego de dictarse decisiones polémicas, cuando el Tribunal se pronuncia sobre temas que no le competen o, sencillamente, cuando existen sentencias que ciertos sectores no comparten. No hay duda de que en los últimos años este máximo tribunal ha dictado algunas decisiones cuestionables. Por ejemplo, en el caso de los aranceles del cemento, donde asumió competencias del Poder Ejecutivo (STC n.º 03116-2009-PA), cuando anuló un laudo arbitral ingresando al fondo de la controversia (STC n.º 05311-2007-PA), o en la sentencia sobre la administración de los bienes de la Universidad Católica en que introdujo factores religiosos al resolver (STC n.º 3347-2009-PA). ¿Qué hacer al respecto?

Por un lado, es importante debatir sus decisiones y, cuando corresponda, criticarlas. No con ánimo de deslegitimar al Tribunal sino con la finalidad de abrir el debate constitucional, pues la defensa de los principios y derechos fundamentales nos compete a todos y todas.

De otro lado, hay que reconocer que el Tribunal interpreta la Constitución y como esta suele contener cláusulas amplias y abiertas las va dotando de sentido a partir de la solución de los casos concretos. En esta tarea suele hablarse de casos *fáciles*, en los que no hay mucho debate pues la norma constitucional brinda la respuesta

directa, y casos *difíciles*, en los que la solución no surge en forma tan clara y se exige una mayor argumentación. A veces la solución de estos casos conduce a que el Tribunal sea visto como una suerte de legislador, en la medida que a través de sus interpretaciones «crea» supuestos o interpretaciones que antes no existían.

Asimismo, debemos recordar que el Tribunal es el órgano de control de la Constitución, tal como lo dice la Carta de 1993 (artículo 201). Es decir, su marco de referencia y de interpretación son la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y el denominado *bloque de constitucionalidad*. En consecuencia, no es un órgano político que resuelva en función de lo que estima conveniente para el país.

A nuestro juicio, lo importante es fortalecer la institucionalidad del Tribunal Constitucional y no debilitarla. Por ello, aquellos proyectos de ley destinados a limitar las funciones del Tribunal, como el presentado el 23 de marzo de 2010 (proyecto n.º 03930/2009-CR), deberían archivarse. En el Perú hemos vivido el lamentable espectáculo de la destitución por el Congreso de tres magistrados del Tribunal y la aprobación de diversas normas que han pretendido limitar su funcionamiento. Sí sería conveniente que sus miembros apliquen mecanismos de autocontrol y eviten nuevos fallos polémicos. Este es un esfuerzo que pueden hacer para seguir consolidando una institución fundamental para la defensa de los derechos y principios constitucionales.

3. Las dificultades para afianzar un Estado constitucional en América Latina y especialmente en el Perú

Lograr una real vigencia de la Constitución no es una tarea sencilla en América Latina ni en el Perú. Diversos factores inciden en ello. Por un lado, reiteramos que no es lo mismo un Estado constitucional en democracias consolidadas que en sociedades con una institucionalidad en construcción como la nuestra. Así por ejemplo, la descentralización es sumamente importante, pero es un proceso que requiere institucionalizarse. La inseguridad ciudadana y la debilidad de la policía nacional siguen siendo temas sin solución, pese a que una obligación esencial y básica de todo Estado de derecho es garantizar la seguridad de su ciudadanía. Y si los conflictos se agravan y se requiere acudir al Poder Judicial, los resultados no son los deseables. De otro lado, el Congreso es una de las instituciones con más escaso respaldo popular y tiene en sus manos diversas e importantes reformas pendientes. Asimismo, existen importantes zonas del país que carecen de presencia del Estado. Un reciente informe del PNUD señala que solo tres departamentos del país (Lima, Arequipa, Tacna) tienen el «índice más alto» en cuanto acceso a servicios básicos del Estado (salud, educación, luz, agua e identidad).⁷

Es preciso reconocer, además, que en la actualidad el Congreso o el Ejecutivo no son los únicos órganos cuyas decisiones tienen efectos normativos. Si bien nuestro sistema jurídico no pertenece al modelo anglosajón, donde la jurisprudencia adquiere un rol estelar, se están presentando cambios importantes. Esto viene ocu-

⁷ PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano. Perú 2009. Por una densidad del Estado al servicio de la gente*. Lima: PNUD, 2010, p. 41.

rriendo en todos aquellos países donde existen Tribunales Constitucionales y donde se asume que la Constitución, cuyas normas debido a su amplitud requieren interpretarse, es el parámetro supremo de control de toda la actividad pública. Esto ha llevado a afirmar que el ordenamiento se viene «judicializando», pues las decisiones de los Tribunales Constitucionales tienen un impacto notable. Sin embargo, esto muchas veces no se acepta y diversos sectores pretenden limitar o «copar» al Tribunal Constitucional.

Por último, existe una «variable cultural», tal como lo recuerda el profesor Gregorio Peces Barba.⁸ No es lo mismo una sociedad donde las normas se respetan y rige a cabalidad el *imperio de la ley*, que una sociedad donde la ley no se respeta, se encuentra devaluada, prima la informalidad o donde aquella solo se aplica para algunos y que se resume en la conocida expresión «para mis amigos todo, para mis enemigos la ley». Esta situación, además, fomenta y facilita la corrupción. Si a ello agregamos la situación de pobreza y desigualdad, queda evidente la «debilidad institucional del Estado».⁹

En definitiva, es preciso contar con una institucionalidad democrática sólida donde se respeten la Constitución y las leyes. Esta es la mejor garantía para la libertad y la seguridad de las personas. De ahí la importancia de la justicia constitucional y de un progresivo cambio cultural en nuestro país. En gran medida, cumplir este objetivo corresponde al Estado, que debería propiciar y emprender los cambios requeridos. Sin embargo, esto también demanda un compromiso ciudadano por exigir y apoyar esos cambios. De lo contrario, estaremos sujetos a sucesivos cambios e inseguridades en forma permanente y la estabilidad será una aspiración siempre sujeta a posibles vaivenes.

4. Reflexiones finales: algunos desafíos para el futuro

En los momentos actuales se suele afirmar que «el derecho se está constitucionalizando y la Constitución se está judicializando». Con ello se trata de explicar el fenómeno que suscita la existencia de una justicia constitucional donde la jurisprudencia viene adquiriendo un rol estelar. Esto también sucede en los países de América Latina, aunque con diferencias si se compara con países con democracias consolidadas, debido al déficit de institucionalidad que presentan. De ahí que en esta región los desafíos para el futuro cuenten con diversa magnitud.

Por un lado, es preciso comprender que la Constitución no es ni un diccionario donde se pueden encontrar las respuestas escritas a todas las dudas interpretativas que se presenten, ni tampoco una bola de cristal que permita conocer anticipadamente cual será el destino de nuestros países. La Constitución es la norma jurídica suprema de un país, cuya finalidad es limitar el poder para garantizar los derechos de las personas. Es una norma que debe ser interpretada para resolver los casos concretos, que podrán ser «fáciles» o «difíciles». Este importante rol le corresponde

⁸ Gregorio Peces Barba: *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate, 1993, p. 67.

⁹ Agustín Ferraro: *Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Madrid: INAP, 2009, p. 18.

a los jueces, quienes deberán determinar el sentido de la norma aplicable al caso concreto —lo que algunos han llamado una labor de *concretización creadora*— sin llegar a cometer excesos. Para ello, hay que evitar que los jueces se sientan legisladores y crean que, a través de sus decisiones, pueden gobernar un país. El desafío, en consecuencia, es interpretar adecuadamente la Constitución sin llegar a extremos para no encaminarnos hacia un gobierno de jueces.

Un riesgo siempre presente es evitar la politización de la justicia constitucional y, por tanto, que sus decisiones dependan del color político de los magistrados y que estos sean obsecuentes con el poder. En muchas ocasiones los sistemas de designación de los miembros de los Tribunales Constitucionales, a cargo de una mayoría calificada del Congreso, puede contribuir a ello. Sin embargo, hay que evitar que dicha modalidad de nombramiento termine afectando la independencia de los jueces, tan indispensable para defender la Constitución frente a los excesos del poder. En estos aspectos, como señala la ponencia del profesor Jost, «el límite entre esperanza e ilusión es muy difuso».

En definitiva, como recuerda Mauro Cappelletti:

[...] ningún sistema efectivo de control judicial es compatible ni es tolerado por los regímenes autocráticos enemigos de la libertad, ya estén colocados a la derecha o la izquierda del espectro político. Este hecho, [...], se confirma por los acontecimientos de muchos países de varios continentes, y más frecuentemente en Latinoamérica y África.¹⁰

Por ello, el rol que cumple la justicia constitucional resulta central para el fortalecimiento del Estado de derecho y es un factor de desagrado para aquellos regímenes que dejan de lado la democracia como forma de vida. El desafío, por tanto, consiste en contar con una justicia constitucional activa y consolidada que contribuya a afianzar la democracia en los países de América Latina. Hacia eso debemos aspirar.

¹⁰ Mauro Cappelletti. «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional», traducción de Pablo de Luis Durán, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, mayo-agosto 1986, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 17.

Inicio, desarrollo y situación actual de las reformas judiciales latinoamericanas

Linn Hammergren*

1. Introducción

A pesar de mi reputación por criticar las reformas, quisiera empezar reconociendo un hecho indisputable. En los 25 años que América Latina ha venido promoviendo mejoras en sus sistemas de justicia hemos visto muchos cambios y casi todos ellos representan logros positivos y a veces dramáticos comparados con el statu quo anterior. Lo que antes era descrito como el poder huérfano o la cenicienta del gobierno ha tomado un rol más céntrico en la política pública y en los debates sobre su contenido y ejercicio. A pesar de las críticas constantes sobre su desempeño, el Poder Judicial y las demás instituciones del sector justicia no son lo que eran antes, ni en la ley, ni en la imaginación del público, ni en sus actuaciones reales. Tienen un peso que no tenían, una buena parte de los recursos que les hacían falta anteriormente, y gozan, y a veces sufren, de mucha más atención a sus actuaciones. Los alcances de las reformas varían mucho entre países y entre instituciones, pero sería totalmente erróneo constatar que no hubo cambios o que los cambios han empeorado la situación. Creo poder decir que, aun en los países más atrasados en este sentido, las instituciones y el sector entero están en mejores condiciones hoy en día que 25 años atrás.

Ahora bien, otra cosa que se debería reconocer es que parte de las críticas se deben a una visión demasiado cortoplacista en cuanto a qué es una reforma y cómo se lleva al cabo. Hasta cierto punto esta visión irrealista constituía una ventaja —dándose cuenta de las dificultades por venir, es probable que muchos gobiernos nunca

*Consultora independiente. Miembro del Hague Rule of Law Network. Ex funcionaria del Banco Mundial. Ha publicado libros y artículos sobre las reformas judiciales en América Latina.

hubieran hecho el intento, y es posible que algunos reformistas, que sí se dieron cuenta, hayan preferido la estrategia de avanzar hasta donde no fuera posible retroceder y así dejar como única opción la de seguir adelante a pesar de los problemas—. Lamentablemente, la visión cortoplacista no ha desaparecido totalmente y siguen surgiendo nuevas balas mágicas destinadas, según sus autores, a resolver pronto los problemas restantes. No obstante, poco a poco se están dando cuenta de que la reforma nunca termina. Es un proceso permanente, en respuesta a los desafíos que no terminan de aparecer. Cuando se habla, como se acostumbra hacer en el Banco Mundial, pensándolo en términos más diplomáticos, de la modernización (y no la reforma) del sector, este cambio de actitud debe ser visto como crucial. La modernización no es cuestión de tecnología ni de Códigos, sino de adoptar una nueva mentalidad en cuanto a cómo se gestiona el desarrollo de una agencia o poder del gobierno. Volveré a este tema después, pero primero quisiera repasar la historia de la reforma en tres capítulos: lo que querían cambiar, lo que cambiaron y lo que no han podido mejorar.

2. Tendencias: lo que han querido cambiar

Como es de saber común, las reformas en la región tomaron su ímpetu de la transición democrática en los años ochenta y noventa. El movimiento también involucró a los pocos países que no sufrieron las dictaduras del período anterior pero donde sí hubo una larga historia de quejas sobre el mal desempeño del sector justicia.¹ Su desenvolvimiento se benefició de un movimiento más antiguo, que tenía que ver con el deseo de cambiar los procedimientos jurídicos sobre la base de Códigos modelos. Estas dos fuentes generaron los siguientes objetivos en la primera fase de las reformas:

- aumentar la independencia judicial y así terminar con varias décadas de imposiciones de los poderes políticos y fácticos;
- eliminar los rezagos de la dependencia política, sobre todo en cuanto a la calidad del personal y todos los vicios tradicionales (corrupción, abusos de derechos procesales y humanos, etc.) que venían como consecuencia de esta;
- aumentar presupuestos, salarios y la calidad de los recursos materiales para «dignificar al Poder Judicial» y darle lo que necesitaba para hacer su trabajo, y para atraer gente de mejor calidad. La necesidad de hacer lo mismo para los demás organismos del sector se reconocía solo después, y en muchos casos se quedaban atrasados aquí;
- transformar los procedimientos jurídicos, primero en lo penal pero después en las demás áreas, para así hacerlos más transparentes, más apega-

¹ Colombia es un ejemplo de estos países. Véase Barreto y Rivera para un resumen de los intentos desde la década de los sesenta de introducir cambios, mayormente sin mucho éxito hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

- dos a los derechos humanos y del debido proceso, y menos susceptibles a una variedad de abusos;
- establecer, legalmente y en la práctica, no solo la independencia judicial sino el rol del Poder Judicial en controlar los abusos e inconstitucionalidades de los demás poderes del Estado.

Esta lista, corta pero ambiciosa, se pensaba implantar principalmente por medio de cambios legales y muchas veces constitucionales. Aunque hubo asistencia internacional para su realización, el ímpetu para las reformas, su agenda específica y el diseño de su contenido vinieron netamente de grupos nacionales y regionales.

Fue solo más adelante, en lo que podemos considerar una segunda etapa de las reformas, que se dieron cuenta de la necesidad de hacer reajustes a las organizaciones tradicionales y nuevas para asegurar su capacidad de actuación bajo las nuevas reglas. Aunque el costo recayó mayormente en los presupuestos nacionales, en esta área los donantes tuvieron una injerencia clave, donando o prestando fondos para nuevas construcciones, sistemas de automatización, programas de capacitación y varios tipos de asistencia técnica para ayudar en las (re)organizaciones, (re)estructuraciones y la implantación de nuevas destrezas y prácticas. Los donantes también tuvieron otras influencias —especialmente por su énfasis en los temas de «eficiencia», reducción de demoras, fortalecimiento de la defensa pública, creación de medidas alternativas y el apoyo a las ONG como monitores de y participantes en el proceso—. Muchos de estos temas probablemente hubieran quedado en el tintero si no fuera por la agenda de la comunidad internacional.

En una tercera etapa, la que siempre está vigente, las injerencias nacionales retomaron fuerza introduciendo temas tales como el derecho constitucional y el neoconstitucionalismo, el reconocimiento del derecho y los derechos de los otros (etnias, principalmente, pero en cuanto a derechos, también, de género, de la niñez, de los de la tercera generación, de los discapacitados y, en circunstancias más localizadas, de grupos como los desplazados y las víctimas de guerras internas), y varias otras formas de justicia social. Cabe decir que estos temas tienen cierto apoyo externo, pero su desarrollo dentro de la región en muchos casos va más allá que el *consenso internacional*. La meta aquí, en la opinión de los proponentes, los que no representan una mayoría política, parece ser la de usar el Poder Judicial y el sector justicia para hacer transformaciones sustanciales en las sociedades nacionales. Dadas ciertas deficiencias nunca resueltas dentro del sector, el posible éxito parece ser limitado pero sin duda ha creado más debate interno y hasta ciertas inquietudes en los colaboradores internacionales.²

² Un ejemplo dramático es la reacción del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional a las acciones judiciales después de la congelación de cuentas bancarias durante la crisis argentina. Los economistas, quienes mandan en estas organizaciones, vieron la admisión de amparos para descongelar las cuentas como una amenaza a la política de emergencia. Se calmaron solo cuando otros colegas les hicieron ver que los jueces estaban «protegiendo la propiedad privada», cosa sagrada en el entonces vigente Consenso de Washington.

3. Tendencias: lo que han podido cambiar

Explicado de esta manera, el desarrollo de las reformas parece tomar una ruta lógica: primero los cambios legales, después el desarrollo institucional y finalmente la atención a los cambios más amplios en la sociedad misma. Pero la ruta real ha sido algo menos lógica: una dependencia constante en el poder de los cambios legislativos, una atención inadecuada a las insuficiencias institucionales y un salto a los fines más ambiciosos antes de realizar los cambios más básicos. Por esto nos encontramos frente a situaciones como las siguientes: Poderes Judiciales con mayor independencia pero sin deseos o voluntad de combatir una corrupción interna notoria; Poderes Judiciales mayormente ineficientes en su capacidad de resolver disputas rutinarias pero apreciados por su capacidad, vía jurisdicción constitucional, de hacer llegar servicios garantizados a miembros de los grupos más necesitados; y Códigos procesales penales cuyo impacto más notable ha sido el de procesar rápidamente los delitos en flagrancia sin tocar los delitos de mayor impacto. Con más frecuencia, estas anomalías han dado el pretexto para que los países tomen ciertos pasos atrás respecto a los aparentes avances. Pero esto también lo dejamos para una sección posterior, para concentrarnos en los alcances reales.

Modificaciones al marco legal y constitucional. Primero, y como base para todo lo demás, hay que reconocer los cambios sustanciales al marco legal en todos los países, los que afectan desde sus Constituciones hasta los reglamentos internos de las organizaciones del sector. En las últimas décadas del siglo pasado hemos visto la redacción de una serie de nuevas Constituciones y la modificación de otras para ampliar³ los derechos garantizados, añadir los instrumentos para hacerlos accesibles y aumentar las capacidades de los Poderes Judiciales para ordenar su aplicación o parar actos y leyes que los violen. Por medio de las Constituciones (nuevas o enmendadas) y la ley secundaria, la estructura del sector justicia, los poderes y responsabilidades de las organizaciones que lo constituyen, y hasta cierto punto el balance entre los Poderes del Estado, también han sido modificados.

En cuanto a la ley secundaria, el deseo de transformar los Códigos procesales ha tenido efectos en toda la región, y casi no hay país ahora sin un nuevo proceso penal o por lo menos cambios sustanciales a su Código anterior. Es cierto que este tipo de cambio legal no es nada nuevo en la región y que muchas veces su impacto ha sido mínimo. Además, hay elementos de ello que se podrían criticar por crear problemas más adelante, pero dada la tradición cultural, este paso era importantísimo para permitir los demás alcances.

Los impactos presupuestales. El segundo alcance, y uno que muchas veces no recibe el reconocimiento debido, es la dedicación de más recursos públicos para sostener el sector. Siempre es difícil conseguir datos exactos sobre los presupuestos judiciales, y no solo en América Latina, pero no obstante las muchas quejas (y algunas insuficiencias reales, aunque más por las otras instituciones del sector, y no para el Poder Judicial), el sector como un todo recibe un porcentaje mayor del gasto público (y del PBI) que antes. La institución más beneficiada es sin duda el Poder Judicial, lo que en algunos casos podría haber alcanzado un récord mundial medido de cualquiera de las dos maneras. Es cierto que el gasto per cápita no alcanza al de Europa del Oeste o el de los Estados Unidos, pero esto es verdad para todos los sectores (educación, salud, transporte, otros servicios sociales). No hay país del mundo que gaste el seis por ciento del presupuesto en sus jueces (El Salvador, probablemente Brasil) y poquísimos donde los salarios alcancen los niveles reales y nominales de

los ministros de la Suprema Corte de México. Y los otros no sufren tampoco: el dos a tres por ciento del presupuesto nacional garantizado en Honduras, Guatemala, Nicaragua y Paraguay es mayor que el uno por ciento del presupuesto que parece ser la regla en Europa del Oeste (CEPEJ, 2008).³

Mayormente, las demás instituciones —policía, fiscalía y defensa— no han mejorado tanto sus circunstancias económicas pero siempre están en mejores condiciones que antes, y poco a poco están ganando terreno. Las cárceles, el último eslabón en la cadena penal, se han beneficiado menos y, si se van a tomar en serio las nuevas garantías, representan el área donde más aprieta el zapato. Si los presupuestos de todos no son suficientes es, en parte, porque todas estas organizaciones han crecido enormemente, a veces desde una base de cero, como es el caso de muchos ministerios públicos y servicios de defensa. Se podría considerar que la mayor parte de los países tienen el número de policías, jueces y fiscales que necesitan, pero no de defensores y personal carcelario. La calidad es otra cosa, y también hay más elementos que afectan su desempeño. No obstante, hay pocos países con menos de 200 policías por 100.000 habitantes y varios (incluso México) que tienen más que 300 (las Naciones Unidas recomiendan entre 250 y 300). La suficiencia en la cantidad de jueces probablemente se cuestionará pero dadas las tasas de litigio algo bajas (4000 por 100.000 habitantes) y cargas de trabajo tampoco tan altas o, si altas, compuestas por una mayoría de casos sencillos y muchas veces redundantes, es difícil constatar que haya necesidad de añadir jueces. Se podría distribuir mejor la carga de trabajo pero, como veremos abajo, si los jueces no pueden mantenerse al día es por otras razones.

Cambios en la composición del sector. La creación de nuevas organizaciones —defensa pública, fiscalías, Cortes Constitucionales, consejos judiciales— y la reestructuración de las existentes (policía y Poder Judicial) para manejar mejor su trabajo, y sobre todo las exigencias de los nuevos Códigos son un tercer acierto. En un poco más de dos décadas la presencia geográfica y la estructura funcional de estos organismos han cambiado completamente. Esto es un proceso incompleto, pero por lo menos se han hecho llegar servicios a una amplia porción de la población, incluso en áreas que no tuvieron ni un juez ni un policía antes, y se ha empezado una reorganización interna fundamental para lograr un funcionamiento acorde a las nuevas leyes. Hay varios países que han adoptado el uso de jueces de paz tomando la experiencia peruana como un modelo, para atacar el reto de hacer llegar la justicia a poblaciones alejadas y también para resolver disputas de menor cuantía que aun en las ciudades y entre la clase media nunca llegaron antes a la justicia formal.

Mejorar el acceso a los servicios del sector, sobre todo para usuarios no tradicionales. Cuarto, cabe destacar el esfuerzo para hacer los servicios más accesibles a la mayoría de las poblaciones, al remover una serie de obstáculos más allá de los meramente geográficos. Esto incluye la creación y expansión de los servicios de defensa pública, la creación de juzgados *multi puertas* (*multi-door courthouses*) y de otros servicios (tal como los *alegras* peruanos y varios modelos brasileños, los

³ No menciono el caso mejor conocido, Costa Rica, donde la Corte comparte su seis por ciento con la fiscalía, la defensa pública y la policía de investigación, argumentando que la porción que corresponde a los jueces es mucho menor.

poupateempos, por ejemplo)⁴ para proveer información y servicios legales básicos, la introducción de innovaciones como los juzgados móviles, kioscos automatizados y paralegales, y la movilización de ONG y clínicas universitarias para complementar los servicios estatales de asistencia legal subsidiada.

La introducción de medidas alternativas. Quinto, hemos visto una expansión de las medidas alternativas de resolución de conflictos, muchas veces ofrecidas sin gasto para el usuario. En los primeros años había resistencia de parte de los jueces y abogados, pero últimamente son estos grupos los que promueven su creación. Y, basados en cambios constitucionales, ha habido esfuerzos para reconocer el derecho indígena como práctica alternativa, a veces a la par del derecho occidental. A veces, la oferta viene como parte de otros servicios de base —los jueces de paz y los alegras peruanos, los juzgados de menor cuantía del Brasil (*juizados especiais*), las casas de justicia colombianas—. También se ha incluido en muchos nuevos Códigos procesales penales, aunque ha generado debates en cuanto a su aplicación a casos que «no se pueden mediar».

El mejoramiento de los recursos físicos, de las instancias administrativas y de gobernanza, y del uso de la nueva tecnología. Finalmente, habrá que mencionar varios cambios en la infraestructura, equipamiento y organización administrativa y de gobernanza del sector, como parte de las reformas y de los programas de modernización. Varios países han invertido bastante de sus propios fondos en proveer al Poder Judicial en especial, pero también a las demás organizaciones, de nuevos edificios para darles el espacio (y la imagen) que la creciente demanda para sus servicios requiere y para acomodar sus operaciones a las exigencias de los nuevos Códigos (por ejemplo, salas de audiencia). El nivel de automatización sigue avanzando y casi no hay Poder Judicial en la región sin un sistema de seguimiento de casos, tal vez en su cuarta generación. Con los nuevos Códigos ha venido la visión de crear «despachos sin papel», apoyándose más que nada en la grabación de las audiencias como registro de los eventos. Las reorganizaciones de los sistemas de administración y gobernanza judicial también están en avance, empezando por la creación de consejos judiciales en la mayoría de los países para participar en algún nivel en la selección de jueces y demás personal, la administración del presupuesto y la fijación de políticas.

Conclusiones. En breve, el sector justicia de hoy en día se parecerá poco al sector de hace veinticinco años. Su tamaño, composición, organización interna, reglas de operación, alcance territorial, recursos presupuestales y formas de administrar y gobernarse serán muy diferentes. Hay más conciencia popular de su presencia y sus servicios, y el nivel de la demanda para ellos ha crecido mientras que su composición ha variado también. Esta conciencia es una navaja de doble filo, por supuesto; con más atención viene más crítica pero si la apreciación fuera totalmente negativa, el nivel de uso no hubiera crecido tanto. No obstante, los críticos no están completamente equivocados y en la próxima sección veremos por qué.

⁴ Poupateempo ('economizar el tiempo') es solo uno de los nombres que han aplicado a estas instalaciones, las que ofrecen servicios básicos en varias áreas y no solo justicia.

4. Tendencias: lo que no han podido cambiar, por falta de voluntad o de capacidad

Me enfocaré en las metas en el nivel macro tomadas de las tres etapas de las reformas. Aquí, en contraste con los logros reales mencionados arriba, cabe destacar los cambios menos impresionantes en lo que concierne a: 1) la eficiencia (demora y capacidad de mantenerse al día en el trabajo); 2) la corrupción y otras influencias irregulares en el desempeño no solo del Poder Judicial sino de todo el sector; 3) la capacidad, sobre todo del Poder Judicial, de resolver satisfactoriamente los conflictos principales que se le presentan; y 4) el acceso a los servicios del sector. Hay países que han avanzado en una o más de estas dimensiones pero, a grandes rasgos, las reformas no han producido las mejoras prometidas en la calidad y cantidad de servicios para el usuario (y por usuario no quiero decir abogado, sino la parte en la disputa). Sería exagerado y equivocado decir que hasta el momento se han tratado solo de reformas gremiales (a beneficio del personal del sector y los abogados litigantes), pero lo cierto es que el impacto de las reformas ha traído menos mejoras externas que internas y que el reto actual es de asegurar que los compromisos con la sociedad se realicen plenamente.

La eficiencia. Es tal vez lo que ha avanzado menos. Esto podría ser porque nunca era una meta realmente local. Hay muchas quejas sobre las demoras en todas las instituciones, y en algún momento en el Perú (a mediados del período Fujimori) parecía desplazar a la corrupción como el problema principal para el usuario. No obstante, aun hoy en día, parece haber más tolerancia en la sociedad para la demora que para otros problemas tales como el acceso y la corrupción. Sin embargo, el hecho es que la duración promedio de los procesos de todo tipo, comparada con otras regiones, es excesiva y que la demora también afecta la resolución de las demás falencias.

Es cierto que en el Perú, igual que en muchos otros países (aunque no todos)⁵ la carga de trabajo promedio del juez parece haber subido, pero tomando en cuenta su contenido típico, no es excesiva. Si el juez no puede mantenerse al día, la explicación no es la cantidad de trabajo sino otros factores. Un factor que contribuye a la demora y a otros tipos de ineficiencia (costo al Estado de resolver un caso, acumulación de rezago, la no ejecución de sentencias), y que a la vez los hace muy difíciles de medir, es la falta de estadísticas confiables y detalladas sobre el desempeño judicial (y de otros organismos del sector). A pesar de la creciente automatización de los procesos, me atrevería a decir que con pocas excepciones no hay Poder Judicial en la región que sea capaz de medir los tiempos promedios para resolver los casos más comunes, de estimar el nivel de ejecución de sentencias, o de identificar la cantidad y la composición de los casos retenidos. Lo que presentan normalmente como estadística de gestión es la tasa de resolución (calculada sobre la base de las salidas sobre las nuevas entradas) y raramente indican cómo se resuelve. En comparación

⁵ Si se compara la carga de trabajo del juez promedio en Honduras en 1986 con la de ahora, parece, según la estadística disponible, que ha bajado levemente y que en ningún momento llegó a tener más que 200 nuevas entradas al año (Banco Mundial, 2008). Cifras recientes de Colombia también sugieren que la carga promedio ha bajado recientemente y que no supera las 400 nuevas entradas al año. Por supuesto que en ambos países hay juzgados con mucho más (y mucho menos), pero el promedio es tan bajo que se podría constatar que tienen exceso de jueces.

con la estadística llevada por uno de los países más pobres del mundo, Etiopía, no es nada, y además los etíopes la utilizan para evaluar a los jueces, identificar problemas sistémicos y armar programas de mejora. En América Latina, el uso más común es para comprobar la necesidad de más presupuesto, sin aun indicar cómo un aumento de fondos va a resolver los problemas. Uso el ejemplo africano, lo cual está documentado en una publicación del Banco Mundial,⁶ solo para demostrar que sería posible hacerlo mucho mejor y sobre todo en condiciones más propicias (electricidad e Internet más confiables, tasas de alfabetismo más altas, niveles de automatización más completos, etc.) como las que gozan los países latinoamericanos.

Hasta el punto en que podamos medir las demoras y demás dimensiones de la eficiencia, América Latina no parece haber mejorado mucho. La única excepción podría ser la capacidad de procesar más rápidamente los delitos en flagrancia bajo los nuevos Códigos, pero todo lo demás parece estancado, no importa que sea un país con poca carga de trabajo por juez (Honduras, con un promedio de 200 nuevas entradas al año) o con alta carga (Brasil o Costa Rica). Los países de carga media (Perú, Colombia, México) parecen encontrarse en la misma situación. En Colombia, en los años recientes, la carga de trabajo promedio ha bajado, permitiendo una tasa de resolución de casi 100 (iguales salidas que entradas), pero esto no permite disminuir el rezago y a ciencia cierta nadie sabe en qué consiste esto. Es interesante saber que, en Colombia igual que en otros países que permiten presentar una tutela o amparo sin abogado y con la expectativa de tener una respuesta en pocos días, los jueces han podido cumplir, lo que ha motivado a observadores locales a sugerir la tutelización de toda la justicia, es decir la adopción de procesos iguales de sencillos y tiempos límites iguales de cortos. Por supuesto que en Colombia y en otros países la tutelización ya está ocurriendo, pero solo como un esfuerzo de convertir cualquier reclamo en un asunto constitucional. Quien no lo pueda hacer sufrirá aun más demoras, pues las tutelas ya absorben una buena parte del tiempo de los jueces.

El ejemplo de la tutela y otros datos de Colombia, que demuestran que los juzgados con menos trabajo tampoco se mantienen al día,⁷ sugieren que una buena parte del problema podría residir en procesos demasiado engorrosos, la incapacidad de los jueces de controlar las tácticas dilatorias de los abogados y cierta falta de incentivos para hacer mejor. Hay otros factores estructurales, como el trato individual de casos parecidos (las tutelas también) y una creciente carga de trabajo proveniente del incumplimiento de parte de varias agencias gubernamentales. En el Brasil, que ha atacado un problema casi regional de no pago o pago incompleto de pensiones a través de la creación de un fuero federal especial, se estima que en un setenta y cinco por ciento de los casos no hay conflicto real y que lo único que falta hacer es calcular el monto legal y ordenar su pago. En el estado de Río de Janeiro, que sí tiene buenas estadísticas, el Tribunal Superior descubrió que una buena parte de la carga de trabajo en sus juzgados civiles y de menor cuantía provenía de disputas

⁶ Banco Mundial: *Uses and Users of Justice in Africa: The Case of Ethiopia's Federal Courts*. Washington, D.C.: The World Bank, 2010.

⁷ Véase Corporación Excelencia en la Justicia: «Línea de base de la congestión judicial en la jurisdicción ordinaria». Bogotá, D.C., 2007.

con varios servicios públicos, o del estado o de proveedores privados (bancos, telecomunicaciones). Mayormente se trataba de abusos de parte del proveedor, el que contaba con que la víctima no fuera a llevar la disputa a la justicia.

El problema de la ineficiencia no afecta solo a jueces. Para las demás instituciones su documentación es aun más difícil, pero los pocos estudios empíricos existentes apuntan a un mal uso del recurso humano, mucha redundancia en sus intervenciones en la cadena penal, falta de un control efectivo de su desempeño y, sobre todo en el caso de los policías y fiscales, y a veces entre cuerpos policiales, conflictos interinstitucionales que disminuyen el rendimiento individual y colectivo. Las cifras de investigaciones completadas y llevadas a juicio, y especialmente para los delitos más graves, donde aún existen, demuestran los problemas.⁸ A pesar de la demanda para sus servicios, la mayoría de las entidades de defensa pública también muestran una respuesta inadecuada, no tanto por la insuficiencia de personal (aunque esto muchas veces es un problema), sino porque los defensores en ejercicio no manejan muchos casos. En Colombia fue imposible sacar cifras a pesar de la publicación de un anuario sobre el desempeño pero se calcula que el defensor promedio maneja entre 50 y 150 casos al año, y dado que estos son mayormente para delitos en flagrancia, no es un monto exactamente excesivo. En Honduras, según la directora de la oficina, la carga promedio anual no supera los 30 casos. (Como punto de referencia, los defensores públicos en los Estados Unidos han empezado a quejarse por tener un promedio de 1300 casos sencillos o 250 complejos.)

Mayormente, los Poderes Judiciales de la región han respondido a las quejas sobre las demoras e ineficiencias con solicitudes de aumentos presupuestales para poder poner más jueces. Igual pasa con las demás instituciones pero en su mayoría han tenido menos éxito en las respuestas. Según una definición, poner más operadores no aumenta la eficiencia (productividad) sino la producción; el chiste está en producir más con los mismos insumos (o personas) y dada la situación actual esto debería ser completamente factible. Por supuesto, ello será posible solo sobre la base de cambios en *la función productiva*, es decir, en cómo se hace el trabajo, pero aquí se presentan obstáculos adicionales, como veremos en una sección posterior.

La corrupción, la influencia política y otros vicios tradicionales. En la mayor parte de la región hemos visto mejoras en cuanto a la independencia judicial. Hay diferencias sustanciales entre países pero hasta tiempo reciente (casos de Chávez, Correa, Morales, etc.) los Ejecutivos no se han atrevido a tomar pasos por atrás. Los logros más importantes han sido la introducción de la carrera judicial (en la mayoría de los países) y también fiscal (en algunos), la implantación de formas más transparentes de elección de los jueces y, hasta cierto punto, de nombramiento de los fiscales. La situación de los defensores y los policías varía, pero básicamente no gozan ni de estabilidad en el puesto ni de una carrera.

En el caso del Poder Judicial, los mayores niveles de independencia no han terminado con varios problemas tradicionales, especialmente la corrupción y la influencia política. En varios casos, y especialmente en América Central (Honduras,

⁸ Véase, sobre Colombia, Luis Hernando Barreto Nieto y Sneider Rivera: *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2009.

Guatemala, Nicaragua, tal vez El Salvador) y también en el nivel federal en Argentina y México (en las provincias argentinas y en los estados mexicanos, la tradición de dependencia política está más arraigada), Cortes más independientes no se han mostrado más dispuestas a acabar con la corrupción o a dejar de ser influidas por la política. En cuanto a la politización, la nueva independencia ha tendido a usarse no para despolitizar las decisiones sino para actuar como un grupo fáctico adicional. En México y en Argentina estas tendencias parecen en declive (en ambos casos por el cambio de gobierno y la salida de algunos jueces), pero en América Central y en varios otros países menos desarrollados (por ejemplo, Paraguay), Cortes ya cuestionadas han entrado abiertamente en conflictos políticos. Por supuesto, igual que en el caso de las elecciones estadounidenses del año 2000, es difícil distinguir entre una actuación política y una decisión defendible sobre un punto de ley muy controvertido, pero en estos casos y también en las sospechadas influencias de las Cortes sobre decisiones de otras instancias judiciales, parece que la independencia judicial no garantiza una justicia despolitizada.

La situación de la corrupción tiene varias caras: la venta de sentencias, la corrupción menor de parte del personal de los juzgados y hasta el mal uso de fondos del Poder Judicial. Cabe decir que todo esto también se observa en las demás instituciones, y especialmente en la policía y las fiscalías. Hay casos donde la Corte o Consejo participa directamente o dirige las actuaciones de los demás, y hay otros casos, tal vez una mayoría, donde simplemente no ejerce el control debido para evitar problemas en otras instancias y dentro de las entidades administrativas. La corrupción en el sector sigue originando una queja principal en la mayoría de los países, a veces enfocada en una institución nada más y a veces en todas. Cuando la Corte, el Consejo o la alta dirección de las demás entidades es parte de la jugada, la razón para su persistencia es obvia y es difícil pensar en una solución que no involucre su reemplazo. Pero en los casos donde han tomado esta salida, el resultado tiende a ser una entidad controlada, menos independiente y más politizada, como en el caso del Poder Judicial venezolano bajo Chávez y posiblemente en los otros países mencionados. En los demás casos, la razón para no intentar atacar el vicio es menos clara. A veces, el gobierno judicial está ocupado en otras cosas y simplemente no le da la importancia debida. A veces es la falta de saber cómo y, a veces, es su propia debilidad. También cabe mencionar el caso brasilero y la tendencia a poner un juez sospechado de corrupción en un puesto menos delicado, por temor de armar un escándalo con repercusiones negativas para la institución. Esto pasó en el Brasil en los primeros años del siglo con la Operación Anaconda y con la detención de un juez federal acusado de vender sentencias y manejar toda una red de corrupción. Los jueces, según contaban, tenían sus sospechas pero el costo de no hacer nada, y así dejar a la Procuraduría (fiscalía) y a la policía federal manejar la cosa era dañar aun más la imagen judicial.

Hay todavía otros factores: la falta de información confiable o de elementos de investigación, presiones políticas o la infiltración por elementos criminales (mayormente sentida en la policía y fiscalía), y a veces el poder del personal del apoyo. En los años ochenta, en el Perú, la Corte Superior de Lima hizo una investigación sobre los secretarios del juzgado y encontró evidencia suficiente para despedir y mandar a juicio a una tercera parte de ellos. Nunca lo hizo porque los sindicatos se enteraron y amenazaron con movilizar a sus padrinos políticos. Los Poderes Judiciales mexicanos parecen encontrarse en una situación parecida ahora mismo. A pesar de la caída del PRI, los sindicatos de empleados públicos mantienen su poder y también

su control de varios plazos dentro del Poder Judicial. Esta gente, los sindicalizados, es intocable —es casi imposible moverlos de sus puestos (y si se van, el puesto queda sindicalizado, así que el reemplazo viene de la misma fuente)—. Afortunadamente ocupan posiciones bastante bajas, pero esto no impide la entrada en corrupción; por ejemplo, el intendente (conserje), que también maneja el archivo de un juzgado y se acostumbra cobrar a los abogados las consultas con los expedientes y posiblemente ofrece otros servicios aun más dañinos.

Se podría sacar de esto la impresión de que los jueces, aun los más independientes, prefieren no meterse en líos combatiendo los vicios de siempre; sospecho que esto es, muchas veces, la explicación principal, por su persistencia. Pero también hay casos de un involucramiento más directo y de uso de su independencia para protegerse. Se podría dejar a los demás la responsabilidad de limpiar la casa, pero si los jueces no la toman, las consecuencias institucionales serán negativas. Para las demás instituciones del sector la situación tiende a ser peor; es una tradición de intervención política que continúa en muchos países y que se ejerce a veces abiertamente.

La capacidad de resolver las disputas. No dudo de que la mayoría de los jueces, sobre todo después de las mejoras en los sistemas de nombramiento y carrera, intentan dar remedios apropiados a las partes, pero hay muchos indicios de la insatisfacción popular con los resultados. La demora es parte del problema. Una buena sentencia dictada solo después de años, y varios recursos iguales de demorados, podría venir demasiado tarde para ayudar al demandante (o demandado). La mayor mejora que se ha hecho aquí es limitar el tiempo de detención preventiva en los casos penales, pero en los casos civiles hay pocos avances. El uso de la tutela o amparo, al igual que la introducción de la mediación previa al juicio, también ayuda, pero enfrenta otro obstáculo: sus posibilidades de ser ejecutada. Es otro ejemplo de la capacidad limitada de resolver las disputas, sea por sentencia normal, amparo o mediación. En lo penal, los ciudadanos igualmente se quejan del pobre desempeño de la policía y la fiscalía en investigar las denuncias, identificar a un responsable y llevarlo a la justicia. Las tasas de resolución de delitos mayores quedan bastante bajas, lo que da la impresión en muchos países de una impunidad asombrosa e incentiva dos tendencias negativas: la renuencia a reportar delitos y a colaborar con la investigación, y la justicia autoadministrada.

La ley, sustantiva o procesal, reformada o tradicional, frecuentemente no ayuda y a veces deja al juez con pocas opciones para mover la disputa hacia una decisión satisfactoria. En una investigación en Honduras sobre la justicia laboral, vimos que los jueces promovieron la mediación entre las partes y el sacrificio de muchos de los derechos del obrero, solo por darse cuenta de sus posibilidades de perder todo o de tener que esperar años para recibir lo debido. El Brasil, según varios abogados que se dedican al fuero laboral,⁹ ha resuelto el problema dando razón al empleado en la primera instancia, con la expectativa de que las partes negocien luego de la sentencia (para que el ganador pueda recibir algo en poco tiempo y evitar la amenaza de tener que aguantar una apelación). Sabemos que en todas partes la justicia

⁹ Véase Banco Mundial: *Making Justice Count: Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*. Informe n.º 32789. Washington, D.C.: The World Bank, 2004.

se negocia, dentro o fuera de los juzgados, pero cuando la ley es tan tajante y su contenido va en contra de cómo los ciudadanos entienden la justicia, se reduce la confianza de todos en sus operadores.

Otro ejemplo de los problemas legales y de «resolverlos» sin considerar las consecuencias es la penalización del no pago de alimentos en Colombia. Viendo la baja tasa de ejecución de las sentencias civiles o de los acuerdos negociados, los colombianos tomaron esta ruta pero parece que: 1. no ha producido una mejora notable en la incidencia de los pagos; y 2. ha contribuido a una congestión mayor en la fiscalía, cuyos fiscales e investigadores deben pasar una buena parte de su tiempo en tratar a estos casos.¹⁰ Aquí, y en los casos laborales, se tratan de problemas sociales reales, pero que tal vez no se prestan a una solución judicial. Como dijo un colega, y también sugirieron algunos laboristas brasileños, tomando en consideración los montos en juego y lo que paga el Estado para mantener la estructura judicial que los atiende, podría ser más razonable armar un programa de asistencia a la *víctima* en lugar de pedirle que acuda a la justicia para acceder a sus derechos. Muchos jueces son conscientes de estos y otros problemas del estilo, pero hasta que la política pública se modifique van a ser condenados a proveer remedios que muchas veces no sirven.

El acceso a la justicia. El acceso físico a la justicia ha mejorado en toda la región con los esfuerzos por aumentar el número de unidades de trabajo (juzgados, fiscalías, comisarías) y de funcionarios, y ubicarlos en áreas donde antes no mantenían presencia. Pero el acceso tiene otros aspectos —que se basan en los obstáculos financieros, culturales, lingüísticos y de confianza, los que siempre quedan vigentes— y tampoco se debe limitar a la posibilidad de usar un mecanismo de resolución de conflictos. En un sentido más amplio incluye la chance de recibir un remedio *justo* o simplemente de poder contar con el apoyo del marco legal en las transacciones rutinarias. A pesar de la popularidad del litigio entre muchos abogados, lo ideal es no tener que acudir a los juzgados porque las leyes se conocen y se acatan.

En muchos países la barrera principal al acceso simple (poder usar la justicia formal) sigue siendo la necesidad de tener un abogado. El Estado provee asistencia legal gratuita principalmente a los acusados en casos penales. Con pocas excepciones, y frecuentemente solo con la participación de ONG especializadas, no hay asistencia gratuita para casos civiles, familiares, administrativos o laborales. Hasta conseguir el beneficio de litigar sin gastos normalmente requiere un abogado para poner la solicitud. Hay otras excepciones. En muchos países los juicios de alimentos no requieren representación legal y hay una tendencia creciente a permitir la presentación de una tutela o amparo sin abogado y aun sin una demanda escrita. Sin embargo, la respuesta de una jueza mexicana, que no veía el problema porque todas las partes en sus casos tenían representación, es lamentablemente típica. Esto, combinado con la sobreproducción de graduados en derecho en casi toda la región, ha fomentado otra tendencia igual de dañina: la creación de ejércitos de chicaneros, abogados quienes pretenden tomar el caso únicamente para sacar dinero al cliente y después abandonar el pleito. En Honduras se encuentra otra variación en los casos labora-

¹⁰ Véase Corporación Excelencia en la Justicia: «Diseño y prueba piloto de un modelo de gestión para la Fiscalía General de la Nación. Seccional de Bogotá», versión confidencial. Bogotá: diciembre 2009.

les: el abogado compraba el derecho de litigar de su cliente pagándole una suma risible contra la garantía de poder recoger más adelante para su propio beneficio lo que pudiera ganar o negociar con la otra parte.

Los abogados representan un gremio fuerte en la mayoría de los países y han tendido a oponerse a muchos mecanismos que podrían ampliar el acceso: el uso de representación *pro se*, los paralegales y —hasta que las reconocieron como otra fuente de trabajo— la introducción de medidas alternativas. Escuché en el Perú a un ministro de Justicia decir que a pesar de sus dudas sobre la mediación obligatoria no podría tomar paso atrás porque «había cinco mil abogados, quienes lo veían como la manera de resolver su problema de empleo». En el Brasil, la *Organização de Advogados do Brasil* no ha parado de tratar de limitar la posibilidad de litigar sin representación legal (*pro se*) en los juzgados de menor cuantía. La práctica no afecta al trabajo de los líderes de la OAB, pero como son elegidos por los miembros, no van a dejar la batalla. Normalmente, el gremio apoya cualquier reforma (expansión de la defensa pública, la mediación obligatoria) que amplíe sus posibilidades de trabajo, pero se resiste a mecanismos que lo pudieran perjudicar.

Conclusiones. En dos décadas y media de reformas el sector justicia ha cambiado mucho en toda la región y ahora goza de una buena parte de los recursos requeridos para mejorar su desempeño. El sector está haciendo más, y han habido cambios positivos en la calidad de algunos servicios, pero aquí termina el cuento por el momento. Al final de cuentas, el público está pagando mucho más, directa o indirectamente, para un servicio que no ha mejorado proporcionalmente. La pregunta es por qué y esto lo veremos como parte de la próxima sección.

5. Las explicaciones por lo que no se ha hecho

Estas explicaciones también vienen en partes:

- la resistencia a sacrificar derechos adquiridos y lo que siempre hemos hecho;
- los conflictos interinstitucionales;
- el caso omiso hecho al resultado del proceso y la fascinación con el proceso mismo;
- la falta de una tradición de gestión institucional y aun de un entendimiento de lo que es.

La resistencia a abandonar «lo que siempre hemos hecho». Los nuevos procesos e instituciones pueden establecerse por ley pero para funcionar bien necesitan una serie de cambios en las prácticas y expectativas tradicionales. Hay un sinfín de detalles que impiden que los procesos funcionen como fueron planeados. La mayoría pasan desapercibidos y, cuando surgen a la vista, encuentran una resistencia de parte de los operadores a todo nivel. Solo para dar una idea, presento los siguientes ejemplos de costumbres y prácticas que disturbaban la implantación:

- las vacaciones judiciales, las que mayormente paralizan las operaciones por periodos de entre dos y ocho semanas (Brasil para en dos periodos al año). En Colombia, por ejemplo, los jueces se quejaron de que los 30 días permitidos entre la carga y la imputación corrieran durante sus vacaciones navideñas. Aparentemente les importan más sus vacaciones que la proba-

bilidad de mantener a alguien en detención preventiva por el doble del término legal. Los jueces sí merecen vacaciones pero la tradición de tomarlas todas a la vez simplemente no cuadra con el nuevo énfasis en agilizar el procesamiento de las causas;

- la costumbre del abogado de presentar su demanda tarde o incompleta, que cuenta con una suerte de beneficio judicial para poder completarla o presentarla más adelante. En los sistemas modernos de cualquier tradición, el abogado que hace esto pierde su chance. La automatización de la mesa de entradas debería ser el golpe de gracia porque no deja duda sobre cuándo llegó;
- la expectativa, en varios países, de que el juez corrigiera una demanda incorrectamente presentada (y que, dicho sea de paso, tomara su tiempo en hacerlo).¹¹ Lo normal en sistemas más modernos, y sobre todo de corte acusatoria, es que el abogado pierde la chance y, si la pierde un par de veces, pierde la clientela y así se resuelve al problema;
- la tolerancia del juez para recibir la demanda en cualquier forma y largo, y a lo más, hacer las correcciones del caso. Lo normal, otra vez, en sistemas modernos es imponer formas restringidas y requisitos exactos y no admitir las demandas que no cumplan con ellos. Si las reglas especifican cinco páginas, cinco puntos y hasta el tamaño de la letra y los márgenes, el abogado las respeta. Esto, cabe decir, podría ser aun más importante cuando se permita la entrega por Internet: es el momento propicio para imponer formularios estandarizados y no dejar a los abogados salirse de ellos;
- la aceptación de la no presentación en una audiencia (aun de parte del juez) como normal con la sola consecuencia de una postergación. En los sistemas modernos tenemos el *default judgment*, lo que quiere decir que el juez procederá con o sin la presencia de una de las partes —y si las dos (o tres) no aparecen, cierra el caso o, siendo un caso penal, utiliza sus poderes de *contempt* para castigar a los faltantes—. Si el juez no aparece cae en problemas disciplinarios. En efecto, estas reglas son tan estrictamente respetadas que es difícil generalizar sobre lo que pase si no se acatan;
- la insistencia en dejar la programación de audiencias al juez. En los sistemas modernos pasa del juez a un oficial administrativo, quien maneja el calendario general. El juez sugiere un día, pero la fecha exacta, la hora y el lugar están en manos de otro. Esta práctica asegura que: 1. habrá una sala de audiencias disponible; y 2. que los que tienen que estar presentes, serán notificados. (Otra práctica inglesa y americana en los juicios civiles es dejar a las partes la responsabilidad de notificar.);
- la falta de voluntad del juez (o de la otra parte) de controlar las intervenciones excesivamente largas e irrelevantes de las partes. Depende del sistema quién lo haga, pero las exposiciones largas e irrelevantes normalmente se paran en seco. Dejarlas seguir por algún concepto de cortesía profesional o el temor de ser acusado de restringir algún derecho, simplemente no procede.

¹¹ En el Perú y en Colombia, estudios recientes sugieren un promedio de 50 días para subsanar la demanda. En Europa del oeste, los Estados Unidos, Canadá y Australia, la admisión normalmente se hace en una media hora, sobre la base de la presencia de los elementos críticos. Incluir detalles irrelevantes supone el riesgo de no admisión.

Es posible (por lo visto) intentar armar un proceso adversario o acusatorio sin cambiar estas prácticas, pero va a funcionar mal. Una vez (en Colombia) me preguntaron qué consejos daría a un estudiante para prepararse para el nuevo sistema oral. Tuve que contestar que hablar, por lo visto, no era un problema para ninguno de ellos pero que hay cuatro consejos más: hablar menos, decir más, organizar su trabajo y su tiempo y ser puntual. En breve, el éxito del sistema oral (que sea continental o de derecho común) dependerá de cambiar muchas costumbres tradicionales que la gente quiere retener por sentirse cómoda y por haber organizado su vida alrededor de ellas. Eliminar las vacaciones judiciales implica inconveniencias no solo para los jueces sino para los abogados, quienes de allá en adelante tendrán problemas para programar sus propias vacaciones. Si cambian los requisitos, el abogado que vivía de escribir largo y sin organización va a tener que aprender a resumir y a organizar sus puntos (escritos y hablados).

Un punto principal del sistema acusatorio que parece haberse perdido algo en la traducción es que son las partes las que controlan normalmente los excesos mutuos. El juez lo puede hacer (y en la versión europea tiende a hacerlo) pero, en el sistema anglosajón, quien controla al abogado abusivo es el otro abogado. Por supuesto, la puntualidad, el respeto a los términos y la falta de tolerancia por el envío tardío son otros valores importantes sin los cuales el nuevo sistema no funcionará bien. Es normal que la gente quiera tener los beneficios del cambio sin tener que abandonar sus prácticas de siempre, pero lamentablemente el cambio exitoso requiere también de sacrificios.

La falta de cooperación interinstitucional. Este problema afecta más que nada a las reformas penales, aunque también se ve en otros tipos de programas: la creación de nuevas instancias de gobierno institucional y, más recientemente, en las nuevas relaciones entre poderes del Estado. Las tensiones interinstitucionales son normales pero aun así se pueden superar. En muchos países han armado comités de alto nivel para monitorear la implantación de los nuevos Códigos pero, casi sin excepción, se reúnen raramente, no tienen entidades de apoyo para informar su trabajo y no identifican ni resuelven los problemas que siempre surgen. Cada miembro a lo más tiende a proteger sus intereses institucionales mostrándose renuente a dedicar fondos o atención a los eslabones más débiles de la cadena penal.

Muchos de los problemas tienen su origen en la falta de coordinación entre las instancias más bajas: los jueces, fiscales, policías y defensores, quienes manejan el trabajo día a día. Mucho se ha escrito sobre los problemas de coordinación entre policías y fiscales, pero los problemas no se limitan a estos. Se quejan también de la arbitrariedad de ciertos jueces en cuanto a los requisitos impuestos a las partes —y conozco fiscales y defensores quienes han intentado ser breves en sus argumentos solo para encontrar que el juez prefiere los excesos de siempre—. Ya he mencionado los abusos perpetuados por los abogados (incumplimiento, tácticas dilatorias, renuencia a ser breves), los que también entran en juego.

Me parece, sin embargo, que el problema es más sistémico que individual y que lo que hace falta es llegar a acuerdos en cuanto a los estándares a usar. Este proceso no requiere otra ley sino consenso entre las instituciones. Debería empezar con el reconocimiento de los problemas encontrados y un esfuerzo mutuo por desarrollar mejores prácticas. De nada vale que el fiscal insista en que el policía esté bajo su control absoluto; el trabajo policial responde a otros criterios y se echa a perder si el policía tiene que estar pendiente de lo que ordene el fiscal. Es cierto que en el antiguo sistema francés el juez instructor controlaba a la policía de investigación, pero

según mi entender los latinoamericanos están intentando alejarse de las prácticas inquisitivas, y en la Francia moderna, la policía goza de más libertad para conducir la investigación. La coordinación entre partes debería ser automática y basada en el interés mutuo en llevar a cabo una investigación que sirva; en el caso de los jueces y las partes al juicio, debería también ejercerse automáticamente en el entendido de que a todos les interesa llegar a una resolución rápida y justa. Pero final de cuentas, queda en el juez imponer la disciplina si los demás se exceden.

El caso omiso hecho al resultado. Empiezo con un ejemplo tomado de un trabajo reciente en México. Ninguno de los jueces entrevistados tenía idea de cuánto podrían demorar en resolver un caso, pero todos me aseguraron que cualquier promoción de parte de un abogado se contestaba en un máximo de cinco días. Los abogados deben estar muy agradecidos por la atención, pero esto es lo que quiero decir por la falta de atención al resultado, la resolución del conflicto principal.

Se habla mucho en la región de la persistencia de la mentalidad inquisitiva y a decir la verdad nunca he entendido a qué se estaban refiriendo. No obstante, en una comunicación Máximo Langer, quien ha apoyado mucho a la transición, puso entre paréntesis: «burocrática». Si es esto lo que quieren decir, estoy cien por ciento de acuerdo, pero es también lo que otro autor, Uzelac, ha descrito, tratando del sur de Europa y de Europa del este, como el *modelo mediterráneo*, un modelo que efectivamente hace caso omiso al resultado (la resolución de un conflicto) en favor de un sinnúmero de detalles puramente de forma. Siento que este modelo o síndrome está vivo y coleando en casi toda América Latina y que por esta razón muchos de los cambios legales e institucionales no han producido las mejoras prometidas.

Hay primero una fe absoluta en el poder de la ley, así que, como me dijo un abogado, «lo que no entienden, norman». Segundo, hay una convicción de que lo que la ley no permite, o no permite explícitamente, está prohibido; esto restringe aun más la posibilidad de experimentar con nuevas prácticas. Tercero, con la excepción de cambios, hasta constitucionales, para aumentar el presupuesto o los salarios judiciales, parece haber una convicción de que la ley impide cualquier cambio a su contenido. Aun si la norma es solo un reglamento, quien se oponga al cambio la va a sacar con respuesta definitiva a su factibilidad.

Otra evidencia de la mentalidad se encuentra en la fascinación reciente con los *sistemas de calidad* (ISO 9000/9001 y mecanismos parecidos) como la nueva bala mágica para resolver los problemas. Estos sistemas son útiles para documentar las prácticas existentes y hasta poner cierto orden a ellas, pero su énfasis en el cumplimiento con las reglas —hasta el punto de basar su certificación en mantener al mínimo las «inconformidades»— solo sirve para fortalecer las tendencias burocráticas y burocratizantes. Si el sistema de calidad no define primero el objetivo —en este caso, resolver conflictos en un tiempo razonable— no tiene chance de mejorarlo. Uno solo tiene que revisar las agencias ya certificadas bajo ISO para empezar a dudar de su eficacia en promover mejores resultados, siempre que estos no se definan simplemente como «seguir las reglas».

En cuanto al resultado también se debe mencionar el problema de la ejecución de la sentencia, sobre todo en casos no penales. De poco vale una sentencia favorable si la parte ganadora no puede cobrar. Sabemos de sobra que el sistema latinoamericano tradicional (y judicializado) de ejecución de sentencias funciona mal (y más que todo cuando la sentencia va en contra del gobierno). Esto afecta hasta a los mecanismos del estilo tutela-amparo y, al final de cuentas, podría disminuir su popularidad. No por ser judicializado (aunque esto fortalezca el argumento), sino por

impedir el resultado final. El problema debe ser preocupante para los jueces y ellos deberían estar viendo cómo resolverlo. Que no lo están haciendo sugiere otra vez una fijación en los procesos (modelo mediterráneo) y no en los fines.

La falta de una tradición de gestión. Obviamente se entiende lo que es la gestión en América Latina y hay muchos ejemplos en el sector privado, público e ilegal (los narcos) de organizaciones bien gestionadas. Sin embargo, siempre hay disciplinas (en los Estados Unidos son los médicos) que se resisten a implantar el modelo, y en América Latina el sector justicia parece ser una de ellas. Hay ejemplos espeluznantes, como el Poder Judicial de un estado mexicano cuyo auditor interno es también jefe de adquisiciones y cuyo «departamento» de personal (un profesional, un «sindicalizado» y un meritario) solo tiene tiempo para manejar la nómina, o el Consejo Superior colombiano, que tiene tan poca fe en su dirección de administración que ha armado una estructura paralela o varios Consejos o Cortes cuyos miembros pasan más tiempo peleando entre sí que viendo lo que está pasando adentro de su organización. En todo el mundo, los abogados son conocidos como débiles en gestión pero América Latina parece haber superado el promedio ya bajo.¹² Sería interesante investigar por qué, pero sería más útil investigar cómo superar el problema actual.

En Europa y en los Estados Unidos, muchas veces el impulso ha venido desde afuera con la amenaza de tomar las riendas si los jueces no asumen la responsabilidad. Como dijeron los jueces holandeses de su decisión de crear un Consejo para manejar su política y administración: «si nosotros no lo hiciéramos, sabríamos que otros lo harían». Esta amenaza ya existe en la región, en forma de varios Ejecutivos que han vuelto a interferir en el Poder Judicial (Venezuela, Ecuador, Bolivia, para comenzar, con otros a la vista). Pero mayormente los demás Poderes Judiciales no han tomado la lección a pecho.

¿Qué es la gestión judicial? No es la simple administración de recursos aunque esto también es importante y siempre queda mal organizada e implementada en muchos países de la región. La gestión se refiere a la planificación del uso de recursos para mejorar el servicio y resolver problemas en ello. Con la excepción de Chile (porcentaje del presupuesto nacional: 1,0%), tal vez no haya país en la región que lo haga bien, aunque hay algunos que lo están intentando. Más preocupante son la mayoría de países donde no existe idea de lo que es y los órganos diversos de gobernanza judicial (sean Consejos o Cortes) se dedican a otras cosas: decidir las licencias del último conserje, fijar las fechas de las vacaciones o revisar el presupuesto de materiales (papel y tóner). Aquí la falta de énfasis en recoger y usar estadísticas de gestión es a la vez indicio y causa del problema. He conocido a pocos ministros o consejeros que conozcan o puedan interpretar los datos existentes y su falta de interés explica en gran parte la pobre calidad de los *sistemas de información de gestión*. Sin información es difícil administrar bien y casi imposible planificar y fijar políticas. Los miembros de la entidad de gobernanza no tienen que ser estadísticos ni matemáticos, pero sí deberían poder entender el contenido de estos sistemas y tomar un rol activo en pedir los análisis que requieren para hacer bien su trabajo.

¹² Pero también hay excepciones. Entrevisté a uno de los principales de un bufete de abogados en Paraguay, que mantiene una estadística muy completa (y mucho mejor que la que tiene el Poder Judicial) sobre los juicios ejecutivos. La usan para decidir cuáles casos van a tomar y para planear su estrategia.

Cabe mencionar aquí que quien sirva de órgano de gobierno es menos importante que cómo conceptualice y haga su trabajo. En América Latina han pasado demasiado tiempo discutiendo si quieren o no un consejo y en el caso de que sí, quiénes deberían ser los miembros y cómo se deberían nombrar. A casi nadie se le ha ocurrido preguntar qué tienen que ver estas preguntas con el trabajo que deben llevar a cabo.

6. Los conflictos y problemas emergentes

No me detendré mucho tiempo en esta parte, y desarrollarla bien requeriría de varias páginas. Algunos de las debilidades sugeridas arriba se podrían considerar como problemas emergentes, porque hasta el momento nadie se había dado cuenta de su importancia. Vamos a dejarlos así, como problemas antiguos (relativamente antiguos), cuya importancia requiere de una atención mucho más concentrada ahora, con el reto de desarrollar sistemas de gestión priorizada; sin ellos, los demás problemas no se van a poder resolver.

En cuanto a problemas emergentes, podemos repasar brevemente cuatro de ellos:

- la necesidad, en el fuero penal, de realizar reformas profundas en las instituciones no judiciales, ya que de ellas depende la calidad de los resultados;
- la probable necesidad de poner filtros para limitar los tipos de demanda que llegan a la justicia y así no inundarla con asuntos que podrían resolverse en otros foros;
- la necesidad de decidir hasta qué punto los jueces pueden entrar en la definición de la política pública;
- la necesidad de pensar en crear sistemas de *accountability* judicial y de decidir cómo se van a equilibrar con el valor de independencia.

Las otras reformas institucionales. Por alguna razón, la mayor parte de las reformas hasta la fecha se han enfocado en el Poder Judicial. Es cierto que los nuevos Códigos han inspirado la creación o ampliación de otros organismos de la cadena penal, pero la inversión intelectual y hasta financiera en ellos ha sido bastante baja. En Colombia, la inversión financiera para la creación de la fiscalía sí fue sustancial y absorbió más de la mitad del presupuesto del sector; y la policía no contó durante varios años. Pero allí, igual que en los demás países, la atención a la organización para llevar a cabo sus funciones ha sido escasa. Mayormente han tratado de basarse en la organización judicial, cuya aplicación a una fiscalía es muy dudosa. Los fiscales colombianos ganan relativamente bien (casi igual que los jueces) y su número probablemente es suficiente, pero su distribución territorial y más que nada funcional dista de lo ideal. Hay casos peores, como Honduras, donde se necesitan cinco fiscales para procesar un caso: el fiscal de turno, el fiscal de investigación, el fiscal de las primeras audiencias, el fiscal de juicios y, después, el fiscal de apelación. Si el caso va a casación, se necesita otro fiscal para ocuparse de esto. La práctica, que no se limita a Honduras, tiene varias desventajas: no hace a nadie responsable del caso, toma tiempo para que cada fiscal se familiarice con el caso y, como nadie es responsable si el caso se pierde, tampoco es culpa de nadie.

Hay otros detalles de película. Ya fueron mencionados los problemas con los casos de alimentos en Colombia. Lo mejor sería volver a despenalizarlos, pero hasta que ello se haga, sería práctico crear una entidad especial solo para tratar de ellos. Igual pasa con los casos en flagrancia, los que en su mayoría se procesan rápida-

mente y, al contrario de la práctica normal, usualmente no requieren más investigación. Estos deberían darse a un grupo dedicado de fiscales quienes los seguirían por todo el proceso. Tener un fiscal de turno no es mala idea, pero una vez que el o ella haya hecho su parte, lo mejor es asignar el caso a un solo fiscal, responsable, con pocas excepciones del seguimiento del caso hasta el final.

El caso de la policía en la mayoría de los países es hasta peor: la práctica tradicional de pagar mal y así reclutar mano de obra no muy calificada será un obstáculo a cualquier reforma penal hasta que se cambie. La policía barata es una policía, en el mejor de los casos, ineficaz; y allí comienzan los problemas más graves. Igual se podría decir del personal carcelario, un desastre en casi todas partes. La defensa a veces anda algo mejor, pero las políticas de su composición, reclutamiento, pago y monitoreo se podrían mejorar en casi todas partes. Normalmente la demanda es inmensa y la carga de trabajo muy baja, tal vez porque nadie se ha puesto a ver las cifras de otros países (Europa, Estados Unidos, Canadá o Australia; comparar con países de la región no vale, pues casi todos sufren de los mismos problemas).

Habría que reconocer que a veces la mejor reforma judicial no tiene nada que ver con los jueces. Esto es muy obvio en el fuero penal pero también hay ejemplos en otras materias: el rol de los burós de crédito, los registros de propiedad y de identidad en los juicios civiles y familiares o de las asociaciones de abogados en todas partes (para registrar las patentes y también investigar las quejas, cuando estas funciones no quedan en las Cortes). El Poder Judicial ha sido el beneficiario principal de la mayoría de las reformas, pero era tal vez la institución menos necesitada. Después de los primeros años de la reforma ya tenía un presupuesto adecuado, si no excesivo, pero ha preferido basar su política de desarrollo en conseguir y gastar más en vez de usar lo que tiene para rendir mejores resultados. La dignificación después de todo se gana, no se paga, así que argumentos basados en darle «la imagen que merece» suenan como el argumento de un consejero en otro país quien decía necesitar un salario más alto para poder «proyectarse».

La necesidad de controlar la demanda. El término tal vez asusta, pero el hecho es que mucha de la demanda que llega a los juzgados, o que se multiplica dentro de ellos en forma de incidentes, exhortos, recursos y otras tácticas puramente dilatorias, es de baja prioridad y se debería parar en seco o desviar a otros foros. Los jueces brasileros, con su carga de trabajo surrealista, hablan abiertamente de estos casos como basura (*lixo*). Si el Poder Judicial no ejerce alguna discreción (y normalmente la ley se la da, en parte) en cuanto a lo que admita y lo que permita proceder, nunca superará su situación de exceso de demanda —aunque, como hemos visto, este «exceso» sea muy relativo—. En otros países, fuera de la región, se ha intentado dirigir los esfuerzos de los jueces: 1. a los casos de más impacto social, y 2. a los conflictos reales. Estos criterios implican, *inter alia*, desviar muchos «casos» no controvertidos (por ejemplo, varios tipos de registro de documentos) a otros foros, despenalizar muchos actos irregulares, y depender más de la justicia puramente administrativa (tribunales administrativos).¹³ También implica poner otro filtro sobre las apelaciones, limitar los pedidos de las partes en cuanto a llamar muchos

¹³ Para el caso de Suecia véanse Bo Svensson: «Civil and Criminal Justice – Swedish experiences», informe presentado al Banco Mundial/LCSPS, 2007; ídem: «Managing the flow of appeals – Swedish experiences», informe presentado al Banco Mundial/LCSPS, 2007.

testigos y pedir exhortos, e introducir juzgados de menor cuantía con procesos simplificados. La introducción de medidas alternativas también podría ayudar pero la impresión de los expertos es que funcionan mejor para ampliar el acceso que para reducir la congestión judicial. En cuanto a las demandas repetitivas dirigidas a un solo demandante (muchas veces una agencia gubernamental), hay otras maneras de simplificar el trato (introducción de procesos colectivos o de decisiones intrapares) o de atacar el problema más directamente (criminalizar los abusos sistemáticos que ocasionan las demandas; y esto también se podría aplicar al fuero laboral en el caso de empresarios que habitualmente violan los derechos de sus obreros).

Muchas de estas soluciones van a chocar con los valores tradicionales y en algunos casos ya lo han hecho (por ejemplo, en Colombia, el intento fracasado de simplificar el trato de los casos en flagrancia, lo que la Corte Constitucional encontró en violación de varios derechos del debido proceso). Pero este es uno de los muchos ejemplos de conflicto entre derechos (en un ambiente de presupuestos al final de cuentas limitados): el derecho a tener un remedio justo y oportuno contra el derecho de mandar a la justicia lo que sea, en la forma que se quiera. Un país que prefiera priorizar el segundo derecho va a crear una situación de demoras imposibles o va a romper los récords de presupuesto judicial. No hay respuesta única al dilema pero me parece que esta no corresponde solo a los jueces y abogados.

La necesidad de decidir hasta qué punto los jueces pueden entrar a definir la política pública. Esta viene a ser una pregunta universal ¹⁴ y las respuestas están cambiando y, a la vez, provocando mayores controversias hoy en día que hace solo diez años. En los Estados Unidos, que se jactaba de tener el problema resuelto por medio de las doctrinas de *judicial restraint* y *ripeness* (madurez del tema y del debate público), la certeza desapareció hace rato y seguramente el tema surgiría en relación con la selección de los nuevos miembros de su Corte Suprema. Mucho viene de las diferencias ideológicas en cuanto a la definición y propósito de tener un Estado de derecho,¹⁵ preguntas que antes parecían tener respuestas consensuadas y ahora resultan ser la base para discusiones bastante agrias.

En América Latina, gracias a la tesis «Robin Hood» (como la ley se hace para proteger a los ricos, el juez debería hacerle caso omiso cuando considera que el daño al pobre es excesivo)¹⁶ y al neoconstitucionalismo,¹⁷ la toma de posiciones está polarizándose. Para los proponentes de ambas tesis —y normalmente van juntos—,¹⁸ la justicia y, sobre todo, la jurisdicción constitucional vienen a ser la manera de hacer un cortocircuito a la política normal (y normalmente en manos de las elites) y así introducir cambios fundamentales en la sociedad. Si no fuera por la ineficacia

¹⁴ Véase Varun Gauri y Daniel M. Brinks (eds.): *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹⁵ Véase Rachel Kleinfeld Belton: *Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners*. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, Carnegie Papers, Rule of Law Series, n.º 55, 2005.

¹⁶ Véase Ivan Ribeiro: «Robin Hood vs. King John Redistribution: How do Local Judges decide Cases in Brazil?», San Pablo, Brasil: Universidad de San Pablo, 2006.

¹⁷ Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Norma, 2006.

¹⁸ Diego Eduardo López Medina: *El derecho de los jueces*, segunda edición. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

mayor hasta de la tutela-amparo (soluciones individuales a las injusticias mayores o la reforma gota a gota), probablemente la contrarreforma hubiera sido mucho más fuerte. Pero las Cortes (y Salas) Constitucionales no se pueblan con idiotas y, en casos como el colombiano, sus ministros ya están viendo cómo tener un impacto mayor. Es interesante ver que los proponentes locales ya están recomendando algo de cuidado, por ejemplo, de no aplicar los poderes a todas las injusticias pero de escoger tomando en cuenta el impacto mayor y las limitaciones presupuestales.¹⁹ El neoconstitucionalismo también ha amparado acciones más cuestionables de parte de Ejecutivos que obviamente solo quieren paso libre para hacer sus reformas (es el caso de Chávez y Correa, pero tal vez no de Morales, quien está cuestionando hasta el constitucionalismo, neo o viejo, como una influencia extranjera).

Aquí no pretendo tomar posiciones ni proponer soluciones. Sugiero solamente que, no importa lo que impliquen las nuevas Constituciones, decisiones tan radicales en cuanto al balance de Poderes requieren más debate y la participación de otros grupos. Es bastante obvio que no importa lo que parecen implicar las nuevas Constituciones, ni todos los autores ni el público en general lo habían interpretado como dar carta blanca a nueve o quince o veinte señores juristas para desplazar todo el proceso político y tomar en nombre del país decisiones que normalmente corresponden a otros foros. Es posible que, dada la chance de opinar, la mayoría de los ciudadanos votara esta salida, pero hacerla entrar como una suerte de jugada bajo el radar (como entraron varias reformas anteriores) no parece ser la manera más justa ni más sabia de hacer un reajuste tan dramático al balance de Poderes.

La necesidad de pensar en crear sistemas de *accountability* judicial y de decidir cómo se van a equilibrar con el valor de independencia. En los años ochenta y noventa urgía cambiar la tradición de un Poder Judicial sumiso y abandonado. A nadie se le ocurrió pensar, a la vez, en aumentar su *accountability*, pues un Poder sin poder no necesita esto. Pero los excesos de algunos Poderes Judiciales independizados sugieren la necesidad de atender a este tema ahora. No es fácil, aunque en cuanto a ciertos aspectos presenta menos problemas: manejo del presupuesto, cumplimiento con las reglas de adquisiciones, necesidad de aceptar auditorías externas igual que cualquier entidad pública, publicación de sentencias y estadística básica, cumplimiento con las reglas de selección de jueces y demás personal. Curiosamente, los *peros* afectan más a la policía y la fiscalía, donde el *interés de la seguridad nacional* muchas veces se involucra para impedir el conocimiento de muchos procesos puramente administrativos y frecuentemente, dicho sea de paso, completamente corruptos. Las formas y las reglas de *accountability* funcional probablemente variarían según el organismo específico (por ejemplo, la identidad de ciertos policías tal vez requiera más protección que la de cualquier juez), pero mayormente es el Poder Judicial, con su necesidad de cierta independencia institucional e individual, el que pone más dilemas. Sobre todo en el contexto del aumento de sus poderes constitucionales y una inclinación del balance de poderes a su favor,

¹⁹ César Rodríguez Garavito: «¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional», en ídem (ed.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento en Colombia*. Bogotá: Uniandes, 2010, pp. 434-493.

esto viene a ser más urgente. Hay prácticas de otros países que se podrían considerar pero mayormente para controlar los abusos más burdos (corrupción, conflictos de intereses, maltrato del personal). En efecto, los Códigos penales ya tratan de muchos de estos abusos y el problema mayor es la falta de transparencia adecuada para que los demás los detecten o para que puedan asegurarse de que la institución los está controlando. Quedan para resolver otros dos problemas, uno común a cualquier Poder Judicial y el otro emergente en el contexto de los poderes superconstitucionales. Ambos tienen que ver con una posible dosis excesiva de preferencias personales (o solo influencias irregulares) en la toma de decisiones, sean en casos «normales» o en las decisiones sobre políticas públicas. Hasta el momento no hay modelos ni soluciones recomendables, pero si el Poder «menos peligroso» (*least dangerous branch*) viene a ejercer un poder más contundente habrá que ver qué recurso dar a la sociedad si no está de acuerdo con los resultados.

7. Conclusiones

No importa si uno describe el vaso como medio lleno o medio vacío. El hecho es que la reforma judicial —o mejor dicho, del sector justicia— no está completa, aun según sus metas iniciales, y que ninguna reforma termina nunca porque siempre habrán más problemas para resolver. Los Poderes Judiciales de la región, al igual que los demás órganos del sector, más que nada tienen que hacer este salto de perspectivas, de dejar de pensar que la reforma es una receta que se hace una vez y después todo normal, y en vez de esto asumir la responsabilidad de monitorear su desempeño y las reacciones de los usuarios (y no usuarios) constantemente para poder detectar problemas tan pronto como empiecen a mostrarse y antes de que lleguen a ser vistos como otra crisis. El término *modernización* podría verse como más suave que *reforma*, pero al final de cuentas implica cambios radicales en la mentalidad institucional. En la mayor parte de la región, este cambio está pendiente y urge que se haga sin más demora.

Bibliografía

- BANCO MUNDIAL: *Uses and Users of Justice in Africa: The Case of Ethiopia's Federal Courts*. Washington, D.C.: The World Bank, 2010.
- *Honduras Institutional and Governance Review*. Washington D.C.: The World Bank, 2008.
- *Making Justice Count: Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*. Informe n.º 32789. Washington, D.C.: The World Bank, 2004.
- *An Analysis of Court Users and Uses in Two Latin American Countries*. Informe n.º 26966. Washington D.C.: The World Bank, 2003.
- *The Juicio Ejecutivo Mercantil in the Federal District Courts of Mexico: A Study of the Uses and Users of Justice and Their Implications for Judicial Reform*. Informe n.º 22635-ME. Washington, D.C., 2002.
- BARRETO NIETO, Luis Hernando, y Sneider RIVERA: *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2009.
- BLANK, Jos, Martin van der ENDE, Bart van HULST, y Rob JAGTENBERG: *Bench Marking in an International Perspective: An International comparison of the Mechanisms and Performance of the Judiciary System*. Rotterdam: Netherlands Council for the Judiciary, 2005.
- CEJA (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS): *Reporte sobre el estado de la Justicia en las Américas, 2004-2005*. Santiago de Chile: CEJA, 2006.
- *Reporte sobre el estado de la Justicia en las Américas, 2002-2003*. Santiago de Chile: CEJA, 2003.
- CEPEJ (COMMISSION EUROPÉEN POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE) : *European Judicial Systems. Edition 2008 (2006 Data)*. Estrasburgo: Council of Europe, 2008. <http://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/CEPEJ/evaluation/default_en.asp>.
- *European Judicial Systems. Edition 2006 (2004 Data)*. Estrasburgo: Council of Europe, 2006. <http://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/CEPEJ/evaluation/default_en.asp>.
- *European Judicial Systems 2002*. Estrasburgo: Council of Europe, 2005. <http://www.coe.int/T/DG1/LegalCooperation/CEPEJ/evaluation/default_en.asp>.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA: «Diseño y prueba piloto de un modelo de gestión para la Fiscalía General de la Nación. Seccional de Bogotá», versión confidencial. Bogotá: diciembre 2009.
- «Línea de base de la congestión judicial en la jurisdicción ordinaria». Bogotá: diciembre 2007.
- GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- HAMMERGREN, L.: *Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America*. Working Papers, Rule of Law Series, n.º 26. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2002.
- KLEINFELD BELTON, Rachel: *Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners*. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, Carnegie Papers, Rule of Law Series, n.º 55, 2005.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo: *El derecho de los jueces*, segunda edición. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

- RIBEIRO, Ivan: «Robin Hood vs. King John Redistribution: How do Local Judges decide Cases in Brazil?», San Pablo, Brasil: Universidad de San Pablo, 2006.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César: «¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional», en César RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento en Colombia*. Bogotá: Uniandes, 2010, pp. 434-493.
- *La globalización del Estado de derecho: El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008.
- SVENSSON, Bo: «Civil and Criminal Justice – Swedish experiences», informe presentado al Banco Mundial/LCSPS, 2007a.
- «Managing the flow of appeals – Swedish experiences», informe presentado al Banco Mundial/LCSPS, 2007b.
- UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (USAID): *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*. Technical Publication PN-ACM-003. Washington DC: USAID Office of Democracy and Governance, noviembre, 2002.
- UPRIMNY, Rodrigo, César RODRÍGUEZ y Mauricio GARCÍA: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Norma, 2006.

La institución del amparo y su accidentada trayectoria en la protección de los derechos fundamentales

Norbert Lösing*

1. Introducción

En la concepción occidental, el punto de partida y la referencia obligada del ordenamiento estatal son el individuo singular, libre, igual, autodeterminado, y sus objetivos en la vida terrenal. Promoverlos es precisamente el porqué del Estado, el fundamento que lo legitima. Los derechos fundamentales son la respuesta del derecho constitucional, y más recientemente también del derecho internacional público, a la necesidad de protección del individuo frente al poder del Estado, de la comunidad y de otros individuos. Como parte del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales limitan dichos poderes y generan también expectativas positivas (de prestación).

Ferrajoli propone la siguiente definición formal del concepto de derechos fundamentales:

Son derechos fundamentales todos aquellos *derechos subjetivos* que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *estatus* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma

*Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Socio del estudio de abogados Sieper & Lösing en Lüneburgo, Alemania.

¹ L. Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de A. Ibáñez y A. Greppy, Madrid, 1999, p. 37.

jurídica; y por *estatus* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹

A esta definición formal le añaden cuatro tesis, de las cuales para fines de este ensayo en especial la cuarta es la más importante y tiene que ver con la relación entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión. Ferrajoli llama a estas obligaciones y prohibiciones *garantías primarias*. Como *garantía secundaria* define la obligación de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a los derechos, es decir a las *garantías primarias*.² Independientemente de su tesis de la relación entre ambas garantías y el efecto de la existencia de las segundas sobre la calidad de derechos de las primeras, no hay lugar a dudas de que la vigencia real de las *garantías primarias* depende de la existencia de *garantías secundarias* adecuadas y efectivas. Un derecho reconocido formalmente pero no exigible en la práctica, es decir no justiciable, desde el punto de vista dogmático puede seguir siendo un *derecho*; desde el punto de vista de la persona afectada es simplemente una promesa incumplida o una ilusión de derecho. En efecto, los derechos fundamentales no pretenden abrirle camino a una ilusión o a un sueño, sino a un proyecto de vida real y concreto. No basta por ello la enumeración de los derechos fundamentales o de las garantías primarias en un texto legal, por ejemplo la Constitución, para que estos obtengan vigencia. La Constitución y los derechos fundamentales enumerados en ella no se agotan en una *declaración*. La Constitución es norma jurídica, es derecho, y, por ende, vincula a los poderes públicos y a los particulares, obliga, debe ser aplicada y es aplicable, tiene que funcionar, ha de encarnarse en la realidad sociológica de las conductas humanas.³

En línea con el punto de partida definido por Hans Kelsen,⁴ según el cual un derecho subjetivo es *un mero reflejo de una obligación jurídica*, Germán J. Bidart Campos indica en su enumeración de los muchos aspectos necesarios para hacer efectiva una Constitución (y con ello los derechos fundamentales enumerados en ella) como el más importante la necesidad de que hayan mecanismos aptos de defensa de la Constitución y controles suficientes para vigilar que se cumpla y no se viole.⁵ La institución del amparo es uno de estos mecanismos imprescindibles, uno de los puentes entre el texto constitucional y la realidad social.

No es de extrañar entonces que el derecho de amparo, en su concepción histórica contemporánea como garantía constitucional para la protección de los derechos fundamentales, que según Héctor Fix-Zamudio nació en México en el siglo XIX, haya

² L. Ferrajoli: *Derechos y garantías...*, o. cit., p. 42.

³ G. J. Bidart Campos: «La fuerza normativa de la Constitución», en: G. J. Bidart Campos y N. P. Sagüés (eds.): *El amparo constitucional, perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, 1999, p. 1.

⁴ H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*, trad. de J. R. Vernengo, México, 1979, p. 141.

⁵ G. J. Bidart Campos: «La fuerza normativa de la Constitución», o. cit., p. 2.

tenido una expansión significativa durante el siglo xx.⁶ A nivel internacional encuentra fundamentos en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de manera genérica también en el artículo 2 fracción tercera del Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (mención a un «recurso efectivo») y en el artículo 25 de Pacto de San José de Costa Rica. Adicionalmente ha sido acogido en numerosos ordenamientos en América Latina a nivel constitucional y legal.

En Alemania, el recurso constitucional de amparo ha tenido una singular historia de éxito a partir de la Ley Fundamental de 1949. Convierte al Estado constitucional de la Ley Fundamental en *Estado de derechos fundamentales*, de modo que frecuentemente se deciden cuestiones básicas por la vía del artículo 93, párrafo 1, núm. 4.⁹ de la Ley Fundamental en grandes sentencias y así el amparo constitucional queda profundamente anclado en la conciencia cívica.⁷ El dicho popular «y si es necesario, acudiré hasta Karlsruhe para que se cumplan mis derechos» (Karlsruhe es la sede del Tribunal Constitucional Federal Alemán), refleja el papel que el amparo constitucional ha asumido en Alemania como instrumento efectivo y confiable de protección de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el relativo «éxito» de la institución del amparo, muchas veces celebrado en la doctrina constitucional y procesal constitucional, va acompañado de la necesidad de analizar el funcionamiento real de dicho instrumento. No podemos obviar que en el mismo México han surgido fuertes críticas al funcionamiento indicando que «el juicio de amparo mexicano se encuentra atrasado, rezagado y no responde a las necesidades del derecho moderno y de la sociedad contemporánea de nuestro país (México)».⁸

2. Orígenes, antecedentes y desarrollo de la institución del amparo.

Los ejemplos de México, Brasil y Argentina

La institución del amparo, en sus diversas ramificaciones actuales, es el resultado de un largo proceso. En especial, el clásico *amparo libertad* puede ser calificado como una variante del hábeas corpus, denominación usada actualmente todavía en muchos ordenamientos latinoamericanos para definir el instrumento de protección de la libertad personal. Como antecedentes remotos del amparo se suelen mencionar el interdicto pretoriano de *homine libero exhibendo* y el *intercessio tribunicia* del derecho romano.⁹ En la Edad Media resaltan los Fueros de Aragón y en especial el Privilegio General otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la

⁶ H. Fix-Zamudio: Nota preliminar en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (eds.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2006.

⁷ P. Häberle: «El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania»; traducción de J. Brage Camazano, en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor, o. cit., p. 727.

⁸ A. Zaldívar Lelo de Larrea: «Hacia una nueva ley de amparo», en: Ferrer-Mac-Gregor, E. (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, p. 282.

⁹ E. Ferrer Mac-Gregor: *La acción constitucional de amparo en México y España*, 2.^a edición, México, 2000, pp. 4 ss., con numerosas citas.

condición de fuero, por Pedro IV, en 1348.¹⁰ Este Privilegio General contemplaba derechos fundamentales y libertades públicas del gobernado, especialmente en relación con la libertad personal. Se incorporaron nuevas leyes de carácter general y se establecieron diferentes medios de índole procesal para frenar abusos, excesos y arbitrariedades del rey; es decir, se establecieron mecanismos para salvaguardar los derechos fundamentales y libertades señalados en el propio Fuero. La acción se interponía ante la máxima autoridad judicial, el así denominado Justicia Mayor. Con ello, el Justicia Mayor del Reino de Aragón se convirtió en un auténtico «juez de constitucionalidad». Otro antecedente¹¹ famoso es el Habeas Corpus Act de 1679 en Inglaterra, que por su contenido regulativo ha sido denominado un proceso constitucional.¹² Finalmente, nuevas investigaciones realizadas en América Latina permiten nombrar como antecedente del reconocido amparo mexicano al amparo colonial que se utilizó en la Nueva España desde el siglo XVI.¹³

2.1. México

En México, la institución del amparo ha tenido un singular desarrollo desde el famoso artículo 53 de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, elaborado por Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá. Dicho artículo rezaba:

Corresponde a este tribunal [la Corte Suprema de Justicia] reunido: 1.^o Amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte que procediere.

Posteriormente, el amparo se redactó con la colaboración de Mariano Otero en el congreso constituyente, sobre el artículo 25 del Acta de Reformas 1847, con lo que se estableció el juicio de amparo en México a nivel federal, para después plasmarse en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857 y sesenta años más tarde en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualmente vigente en dicho país.

En México, el amparo se ha convertido en una suerte de *recurso general* y, a pesar de sus bondades, en una fuente de conflictos y de sobrecarga del Poder Judicial. Una de las transformaciones más importantes que sufrió el amparo en ese país fue la introducción del juicio de amparo contra sentencias judiciales por la incorrec-

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹¹ Algunos autores le han otorgado el calificativo de origen del amparo, así por ejemplo, I. Vallarta, citado por D. García Belaunde: «El amparo colonial peruano», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, p. 966.

¹² N. P. Sagüés: «Los desafíos del derecho procesal constitucional», en: V. Bazán (ed.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996, p. 22.

¹³ D. García Belaunde: «El amparo colonial peruano», o. cit., p. 966.

ta aplicación de la ley secundaria,¹⁴ cerrando el paso a otros instrumentos legales (como la casación) dentro de los ordenamientos procesales ordinarios. De esta forma, el juicio de amparo mexicano ha modificado su propósito original de tutelar exclusivamente los derechos fundamentales de carácter constitucional contra leyes o actos de cualquier autoridad, en un conjunto complejo de procesos, que tutela todo el orden jurídico nacional, por lo que comprende dos sectores importantes, uno de carácter estrictamente constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte, y otro que implica el control de la legalidad, que se atribuye actualmente a los tribunales colegiados de circuito. El amparo, con decisiones cuya validez se limitan al caso concreto, lo cual, por ejemplo en materia tributaria conlleva a una repetición masiva de procedimientos de contenido similar, parece asfixiar al sistema judicial mexicano, sin que las recientes propuestas de reforma hayan realmente contribuido a solucionar los conflictos existentes.

2.2. Brasil

En otros países durante el siglo XIX y principios del siglo XX el mecanismo aplicado para la protección de los derechos fundamentales fue el hábeas corpus. En América Latina, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron ampliando el ámbito de protección del hábeas corpus. Así, por ejemplo, en Brasil, el artículo 72 inciso 22 de la Constitución de 1891 que contenía el hábeas corpus fue interpretado de forma extensiva, ampliando la tutela a otros derechos siempre y cuando se vincularan a la libertad individual. En la reforma constitucional del año 1926, el constituyente redujo el hábeas corpus nuevamente a un instrumento de protección de la libertad de movimiento, privando así a los otros derechos fundamentales de un instrumento de protección efectivo. Con anterioridad se intentó mediante ley ordinaria, la ley 221 del 20.11.1894, establecer una institución que tuviese la finalidad de proteger los otros derechos individuales (excluyendo el de la libertad de circulación, protegido por el hábeas corpus). En dicha ley se reguló el artículo 13, por el que se instituyó una *acción anulatoria de actos de la Administración* destinada a impugnar actos ilegales o abusivos de la autoridad mediante un procedimiento sumario que proporcionaba, a requerimiento del actor, la suspensión del acto impugnado.¹⁵ Pero este instrumento no produjo resultados satisfactorios, por lo que los abogados, ante la necesidad de defender los derechos de sus clientes, vulnerados por la Administración, intentaron otros procedimientos, como la posesión de los derechos personales, interdictos posesorios y, nuevamente, el mismo hábeas corpus. Fue la doctrina y la jurisprudencia la que allanó el camino hacia la creación de un recurso específico para la protección de los derechos fundamentales, ampliando en un primer paso

¹⁴ H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor: «El derecho de amparo en México», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (eds.), o. cit., p. 468.

¹⁵ J. A. Da Silva: *El mandamiento de seguridad en Brasil*, trad. de A. L. Santana y A. Anaya Huertas, en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac Gregor (ed.), o. cit., p. 125.

el ámbito de aplicación del hábeas corpus¹⁶ y creando un instrumento denominado *mandado de proteçao*, y posteriormente, a partir de la Constitución de 1934, *mandado de segurança* ('mandamiento de seguridad'). Este instrumento, al cual han sido añadidos otros como el hábeas data o el recurso extraordinario, ha tenido un desarrollo en las sucesivas Constituciones brasileñas y actualmente el mandamiento de seguridad individual está regulado en el artículo 5, LXIX de la Constitución de 1988. El texto reza de la siguiente forma:

Se concederá el mandamiento de seguridad para proteger el derecho determinado y cierto, no amparado por hábeas corpus o hábeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuera autoridad pública o agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público.

De esta forma, los derechos tutelados por el mandamiento de seguridad son *los derechos determinados y ciertos*; entran en esa categoría todos los derechos fundamentales, pero no está limitado a estos.

2.3. Argentina

En Argentina, a nivel federal, el recurso de amparo no se acogió al texto constitucional hasta el año 1994. Sin embargo, en opinión de la jurisprudencia y la doctrina dominante, este se derivaba del artículo 33 de la Constitución de 1853, en el que se establecía la validez de los derechos fundamentales normados y no normados. De acuerdo con la Corte Suprema de Argentina, esa regla contenía de manera implícita una garantía de protección de los derechos fundamentales y por tanto la posibilidad de su reconocimiento judicial. Las numerosas Constituciones provinciales de la Argentina a principios del siglo xx previeron y prevén expresamente el recurso de amparo.¹⁷ Al igual que en el Brasil, durante largo tiempo se discutió en el ámbito nacional si el reconocido recurso de hábeas corpus también era apropiado para la protección de otros derechos fundamentales (además de la libertad física). En 1957, en el conocido caso *Siri, Angel S.*, la Corte Suprema, ante la clausura de un periódico durante un régimen militar, constató la lesión al derecho constitucional de libertad de imprenta y de trabajo; aclaró que la acción intentada no era la de hábeas corpus, y sentó la tesis trascendente de que:

[...] basta esta comprobación inmediata (la de la violación de los derechos fundamentales invocados) para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en con-

¹⁶ Son famosos en este contexto los *writs* interpuestos por Rui Barbosa (HAC 4781, de 5.4.1919 y HC 3536) contra actos del jefe de Policía del Distrito Federal, que prohibió la publicación del discurso del senador Rui Barbosa en protesta al acto gubernamental que prorrogaba el estado de sitio. El propio Rui Barbosa pidió el *writ* alegando haberse violado el derecho constitucional de publicarse sus discursos por la prensa donde y cuando fuera conveniente. Por sentencia de 5.6.1914, el Supremo Tribunal Federal del Brasil concedió la orden. Véase: J. A. Da Silva: *El mandamiento...*, o. cit., p. 126.

¹⁷ En Argentina existen veinticinco órdenes jurídicos diferentes en materia de amparo: el nacional, los correspondientes a cada una de las veintitrés provincias y el relativo a la Ciudad de Buenos Aires.

trario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.¹⁸

En 1958, en otra histórica decisión en el caso *Kot SRL*, la Corte Suprema admitió el recurso de amparo, bajo el cumplimiento de determinados presupuestos, no solo en casos de la violación de derechos fundamentales por el poder público, sino también por particulares. En esta sentencia, la Corte Suprema declaró lo siguiente:

[...] Siempre que exista de manera ostensible y evidente una restricción ilegal de cualquier derecho fundamental y que con la remisión a otro proceso judicial o a un proceso administrativo se pueda causar un daño irreparable, es función del juez por la vía del amparo, restablecer o proteger el derecho lesionado [...]. Ni el tenor ni el espíritu de la Constitución permiten suponer que los derechos humanos —pues estos son los derechos fundamentales de las personas— sean protegidos solo cuando exista una violación por parte del poder público. [...] La protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución no se garantizaría en suficiente medida si se desconociera la realidad actual en la que existen consorcios, sindicatos, asociaciones de profesionales y grandes firmas. Que no solo están en capacidad de hacerle frente al poder estatal, sino también de amenazar o violar los derechos fundamentales de los individuos. [...] Para garantizar la protección constitucional no es decisivo el hecho de si la violación de los derechos fundamentales se llevó a cabo por el poder público o por particulares. Tampoco es decisiva la fuente de la violación ilegítima del derecho fundamental, sino el derecho fundamental mismo, que es el que debe ser protegido.¹⁹

Con esta decisión la Corte Suprema argentina fue el primer tribunal en Latinoamérica en reconocer la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, y ello en forma de una eficacia directa. Lo que por regla general ha sido celebrado en la doctrina como un hito en la evolución de la institución del amparo,²⁰ por el otro lado puede haber sido la semilla de aquella «enfermedad» que los críticos han denominado «amparitis» o «tutelitis». En efecto, ya dos de los cinco magistrados de la Corte Suprema argentina, que intervinieron en la sentencia, habían votado en contra de la opinión acogida por sus tres colegas. Sin poner en duda la existencia y necesidad de la institución del amparo, ellos querían reducir su ámbito de aplicación a la protección de los derechos fundamentales frente a intervenciones del poder público. En cambio, a partir de entonces, el recurso de amparo contra particulares fue declarado procedente en casos de una evidente y ostensible violación de los derechos fundamentales, cuando la realización de otro proceso ante los tribunales ordinarios por falta de recursos efectivos condujese a un daño irreparable.

¹⁸ CSJN, *Fallos* 239/459.

¹⁹ CSJN, *Fallos* 241/291.

²⁰ N. P. Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, tomo 3. «Acción de amparo», Buenos Aires, 1995, p. 13.

A pesar de que los magistrados de la Corte Suprema argentina habían exhortado en su sentencia de manera expresa a una aplicación reservada del recurso de amparo, su decisión condujo a una profusión de dicho recurso. Esto ya lo habían anunciado los críticos de la sentencia, que temían una constitucionalización de los conflictos de derecho privado.²¹ Mientras sin duda los derechos fundamentales deben tener validez efectiva, es cuestionable si dicha efectividad necesariamente se debe garantizar en todos los casos y en cualquier momento por vía de un instrumento directo de control de constitucionalidad de un acto. Especialmente en las relaciones entre particulares, la filigrana de regulación desarrollada en las distintas áreas del derecho material a veces se ve reducida a una ponderación básica y simple de intereses, reflejados de forma más o menos clara en algún derecho fundamental. No en vano la Corte Suprema exigió un daño irreparable y la falta de otros instrumentos. La actual ley 16986 en su artículo 2 aclara que el amparo en Argentina no es admisible *cuando existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional* de que se trate. Si esta exigencia se interpreta de forma literal, el amparo no tendría cabida en el ordenamiento argentino, si las leyes cumplieran con las exigencias constitucionales y los ordenamientos procesales ordinarios o administrativos conocieran instrumentos efectivos. Visto así, el amparo sería el *parche* de las deficiencias de los ordenamientos procesales.

A través de la sentencia *Kot SRL*, en Argentina se confirmó la existencia del recurso de amparo, que no se encontraba previsto expresamente en la Constitución. Posteriormente, el amparo fue reglamentado en el artículo 43 de la Constitución, que reza de la siguiente forma:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

La exigencia de la «falta de otro medio judicial más idóneo» abre nuevamente espacio a discusiones sobre la efectividad e idoneidad de los instrumentos previstos en los ordenamientos procesales ordinarios. Si estos fueran idóneos, no se preciaría del amparo. La exigencia tampoco es comparable con la necesidad de agotar la vía judicial antes de poder acudir al amparo, como sucede, por ejemplo, en Alemania. El amparo argentino (igual que en otros ordenamientos latinoamericanos) por ello no solo es un instrumento de protección de los derechos fundamentales, sino que puede ser también una «llave inglesa» del derecho procesal, sustituyendo o desplazando los instrumentos específicos que están o deberían estar previstos en las leyes procesales ordinarias.

²¹ R. Bielsa: «Los recursos judiciales y los actos de autoridad. Garantías constitucionales y su protección (sobre el recurso de amparo)», en: *La Ley*, 94-836.

3. Desarrollos alternativos del instrumento de amparo constitucional. Los casos de Colombia, Guatemala y Costa Rica

América Latina ofrece un panorama muy variado de sistemas de control de constitucionalidad y con ello tanto desarrollos comunes como individuales de los distintos instrumentos de control. Igualmente se detectan tanto sistemas difusos como sistemas concentrados de control de constitucionalidad, con un número de sistemas intermedios que se alimentan de ambas fuentes. En dichos sistemas intermedios se observa una cierta especialización de la jurisdicción constitucional al haberse creado salas y tribunales constitucionales con competencias que cubren también y con variada intensidad aspectos del instrumento del amparo constitucional. Finalmente también existen sistemas que han sido denominados «sistemas concentrados en grado máximo».

3.1. Colombia

En Colombia, el instrumento judicial que corresponde directamente a las instituciones del derecho de amparo es el de la denominada *acción de tutela regulada* en los términos del artículo 86 de la Constitución de 1991 y desarrollada por el decreto 2591 de 1991. La inclusión de la acción de tutela se fundamentó inicialmente, en el marco de un amplio y pacífico consenso, en la necesidad de hacer efectivos los derechos constitucionales con instrumentos procesales específicos y directos diferentes de los que pertenecían a la tradición jurídica nacional.²² Esta conocía procedimientos como, por ejemplo, el hábeas corpus, la suspensión provisional de los actos administrativos por razones constitucionales o legales en caso de evidente y clara violación al ordenamiento superior, la acción de nulidad de actos administrativos ilegales o inconstitucionales, y los amparos policivos de la posesión de bienes inmuebles, todos ellos instrumentos que hasta cierto punto se aproximan a las instituciones del derecho de amparo. Al contrario de los otros países latinoamericanos, en Colombia no se hizo eco la idea de un instrumento procesal autónomo y directo de protección específica de los derechos constitucionales hasta que surgió la acción de tutela en 1991.

El artículo 86 de la Carta Política de 1991 dispone 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.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

²² J. C. Ortiz Gutiérrez: «La acción de tutela en la Carta Política de 1991», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac Gregor (eds.), o. cit., pp. 213 ss.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Este «novedoso» instrumento resultó ser el «arma más afilada del arsenal del derecho constitucional colombiano».²³ Solo en los primeros doce años de existencia de la acción de tutela, se han tramitado más de un millón doscientas mil demandas y procesos. El proceso es sencillo y puede ser iniciado prácticamente ante cualquier juez que se encuentre subordinado a una instancia superior (con excepción de los jueces militares),²⁴ aunque habrá que tener en cuenta las nuevas reglas para el reparto de las causas y los expedientes previstas en el decreto 1382, del año 2000. Cabe resaltar que en Colombia la acción de tutela no procede contra actos generales y menos contra las leyes o actos administrativos de carácter general. El decreto 2591 de 1992 advierte que la acción de tutela procede contra actos de carácter particular, personal y concreto de las autoridades públicas y no contra disposiciones de orden general, impersonal y abstracto como las leyes, ni contra los reglamentos administrativos de carácter general, pues contra ellos proceden las acciones de inconstitucionalidad y de nulidad.²⁵ En su sentencia C-543/92, la Corte Constitucional cerró en principio la posibilidad de una tutela en contra de sentencias judiciales y se apoyó para tal efecto ante todo en los argumentos del constituyente, el principio *non bis in idem* y el principio de la seguridad jurídica, que se resquebrajarían si las sentencias pudieran ser revocadas a través de un proceso de tutela.²⁶ Sin embargo, ya en esa sentencia la Corte Constitucional estableció excepciones en las cuales la tutela sería procedente contra decisiones judiciales, desarrollando la doctrina de las «vías de hecho». De acuerdo con esta doctrina, aquellas decisiones son revisables por vía de la tutela, que han sido expedidas por tribunales o jueces que carecían de competencia para ello o que son abiertamente inconstitucionales y arbitrarias.²⁷ Concretando el contenido de la doctrina, la Corte Constitucional ha argumentado que la tutela en contra de sentencias procede cuando por este medio deba ser atacada la apre-

²³ M. Herdegen: «La tutela contra privados: instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997, p. 183.

²⁴ C. Betancur Jaramillo: «La tutela», en: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 169.

²⁵ J. C. Ortiz Gutiérrez: «La acción de tutela en la Carta Política de 1991», o. cit., p. 239.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional C-543/92.

²⁷ Véase, por ejemplo: Decisión de la Corte Constitucional Colombiana T-175/1994.

ciación arbitraria de las pruebas,²⁸ cuando esta se aparta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin una motivación suficiente,²⁹ y cuando la motivación de la sentencia contraviene los principios de la lógica (siempre y cuando esto afecte un derecho fundamental).³⁰

Esta posibilidad de «revisar» sentencias por vía de la tutela puede por un lado generar conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, y, por otro lado, tener efectos nocivos para la seguridad jurídica y el principio de la cosa juzgada. Los problemas se agudizan en aquellos ordenamientos en los cuales una sentencia de una instancia superior puede ser atacada por vía del amparo o sus instrumentos homólogos ante una instancia inferior. Esto, además de poner a la inversa el sistema de instancias, significa la reapertura de un procedimiento y su sometimiento bajo parámetros de control más reducidos y más limitados en el tiempo que los de la justicia ordinaria. Por ello, la regulación y definición cautelosa de cuáles son los jueces o tribunales competentes para decidir sobre un amparo judicial tiene una importante influencia sobre el funcionamiento del sistema judicial en su plenitud. En Alemania, el amparo constitucional es entendido no como un recurso, sino como un instrumento extraordinario y subsidiario que no ofrece la posibilidad de una «revisión» exhaustiva de una sentencia, sino solamente un control bajo el parámetro reducido de la posible violación de derechos fundamentales.³¹ Adicionalmente, el único tribunal competente para decidir un amparo constitucional es el Tribunal Constitucional Federal (a nivel de los distintos estados federados el amparo es procedente ante los respectivos tribunales constitucionales de los estados).

Adicionalmente al sistema colombiano mencionado explícitamente, también otros ordenamientos conocen el amparo contra sentencias o el así llamado amparo judicial.

3.2. Guatemala

Guatemala se encuentra entre los países pioneros en la instalación de un Tribunal Constitucional especializado. El amparo es uno de los instrumentos clásicos de la protección de los derechos fundamentales en dicho país. El artículo 265 de la Constitución vigente de Guatemala y el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEC) por ejemplo, establecen que:

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas y violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiese ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-442/1994.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-037/1996.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-073/1997.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional Federal Alemana, BVerfGE 49, pp. 252 ss. (258).2009, p. 565.

El amparo en Guatemala se concibe en una forma muy amplia y refiere no solo a infracciones de normas constitucionales, sino de leyes que garantizan los derechos. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el amparo es mencionado como un medio extraordinario y subsidiario. Esto significa que únicamente se podrá acudir al amparo cuando se hayan agotado todas las alternativas contempladas en el plano de la jurisdicción ordinaria.³² En Guatemala, el amparo constituye una de las figuras más emblemáticas del derecho procesal constitucional. Después de una concepción originaria en la que la *inconstitucionalidad* era el estandarte por excelencia de la justicia constitucional, se ha situado como uno de los instrumentos de más difundida utilización en el entorno forense guatemalteco.³³ También aquí se conoce el amparo contra sentencias, lo cual parece una consecuencia lógica de la exigencia de agotar la vía judicial ordinaria antes de poder acudir al amparo. Así, el acto o la omisión atacada con el amparo se examina en la configuración que dicho acto u omisión ha recibido en la última sentencia de la justicia ordinaria. A pesar de ello, el amparo en Guatemala se divide en dos tipos básicos, el amparo uniinstancial y el amparo biinstancial. Cuál de ellos es procedente depende de la autoridad cuya actuación u omisión se reclama. El amparo uniinstancial es procedente cuando se trata del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República, ya que en esos supuestos la competencia corresponde con exclusividad y en única instancia a la Corte de Constitucionalidad. El amparo biinstancial es procedente cuando se trata de cualquier otro estamento del poder público o manifestación revestida de autoridad, pues en tal caso la competencia en primer grado corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, los que temporalmente asumen el papel de tribunales de amparo; mientras que el conocimiento en segundo grado corresponde a la Corte de Constitucionalidad.³⁴ Esta división ha sido desarrollada con más detalle por la Corte de Constitucionalidad, que tiene facultad para que, en situaciones no previstas, se apliquen disposiciones reglamentarias que la Corte promulgará y publicará en el Diario Oficial. Basada en esta facultad, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala emitió el acuerdo n.º 4-89, de 10 de marzo de 1989, en el cual dispuso, en su artículo 2, que la competencia de la Corte de Constitucionalidad, a que se refiere el artículo 11 de la LAEC (y con ello la procedencia del amparo uniinstancial), comprende también los amparos que se interpongan contra la Junta Directiva del Congreso de la República, la Comisión Permanente y el presidente del Congreso de la República y contra el presidente del organismo judicial y magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, la Corte de Constitucionalidad emitió el auto acordado 2-95, que establece que la Corte Suprema de Justicia conocerá de los amparos contra el Tribunal Supremo Electoral, los ministros de Estado o viceministros cuando actúen como encargados del despacho, el procurador de los Derechos Humanos, el fiscal general

³² M. Aguirre Godoy: «Proceso constitucional de amparo en Guatemala», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, p. 876.

³³ Suprema Corte de Justicia de México (ed.): *Estructura y atribuciones de los Tribunales y Salas Constitucionales de Iberoamérica, VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Mérida, Yucatán, México, 2009, p. 565.

³⁴ *Ibidem*, p. 567.

de la República y los embajadores o jefes de misión diplomática guatemaltecos acreditados en el extranjero. En ese mismo auto acordado 2-95 asignó competencia a la Cámara de Amparo de la Corte Suprema de Justicia para conocer en los amparos que se interpongan contra las Salas de la Corte de Apelaciones, cortes marciales, tribunales de segunda instancia de Cuentas y de lo Contencioso Administrativo, la Junta Monetaria y el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural. Continuando con la distribución de las competencias en materia de amparo, la Corte Suprema de Justicia, como organismo judicial independiente, emitió el acuerdo n.º 9-95, de 10 de marzo de 1995, para emitir las normas relativas de organización y funcionamiento, en concordancia con lo dispuesto por la Corte de Constitucionalidad en materia de competencia. Así, las Salas de la Corte de Apelaciones del orden común conocerán en sus respectivas jurisdicciones de los amparos que se interpongan contra los viceministros de Estado (es decir, cuando no estén encargados del despacho) y los directores generales, los funcionarios judiciales de cualquier fuero o ramo que conozcan en primera instancia, los alcaldes y las corporaciones municipales de las cabeceras departamentales, el jefe de la Contraloría General de Cuentas, los gerentes, jefes o presidentes de las entidades descentralizadas o autónomas del Estado o sus cuerpos directivos, consejos o juntas rectoras de toda clase, el director general del Registro de Ciudadanos, las asambleas generales y juntas directivas de los colegios profesionales, las asambleas generales y órganos de dirección de los partidos políticos, los cónsules o encargados de consulados en el extranjero y los Consejos Regionales o Departamentales de Desarrollo Urbano y Rural y los gobernadores. Por su lado, los jueces de primera instancia del orden común conocerán en sus respectivas jurisdicciones de los amparos que se interpongan contra los administradores de rentas, los jueces menores, los jefes y demás empleados de policía, los alcaldes y corporaciones municipales y los demás funcionarios y empleados de cualquier fuero o ramo no sometidos a la competencia de las Salas de la Corte de Apelaciones, y, finalmente, las entidades de derecho privado.³⁵

Con esta distribución de competencias, bastante casuística, se ha generado en Guatemala una jerarquía en relación al examen y decisión de los amparos, que entre otras cosas impide que un juez inferior pueda «revocar» una sentencia de un juez superior por vía del amparo.

3.3. Costa Rica

En Costa Rica se evolucionó desde un sistema difuso de control de constitucionalidad hasta un sistema concentrado en «grado máximo» desde la reforma de 1989.³⁶ Inicialmente, en relación con los recursos³⁷ de amparo previstos en la Ley de Amparo de 1950, dicha ley confirió, con algunas excepciones, la competencia para su resolución a los tribunales penales y a las antiguas Salas Penales su resolución en

³⁵ M. Aguirre Godoy: «Proceso constitucional de amparo en Guatemala», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, pp. 879 s.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de México (ed.): *Estructura y atribuciones de los Tribunales...*, o. cit., p. 381.

³⁷ En Costa Rica se habla del «recurso» de amparo, véase por ejemplo, LJC, artículo 2.a.

alzada. Después de la reforma constitucional de 1989, con la cual se creó la Sala Constitucional o popularmente denominada «Sala Cuarta»,³⁸ se dictó la ley 7135 de Jurisdicción Constitucional (LJC), que trajo varios cambios sustanciales con relación a la anterior Ley de Amparo.³⁹ Su artículo 2 inciso *a* establece que corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional tutelar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica. Con ello, este país fue pionero en la ampliación del parámetro de constitucionalidad al integrar en dicho parámetro los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica.⁴⁰ Novedoso es también el hecho de que el parámetro ampliado se menciona explícitamente en el artículo regulador del amparo. Por el otro lado, los actos susceptibles de impugnación por vía del amparo en Costa Rica han sido reducidos en comparación con los actos previstos en regulaciones en otros ordenamientos latinoamericanos. Así, en Costa Rica los actos recurribles por vía del proceso de amparo son los actos administrativos, las leyes denominadas autoaplicativas, los denominados actos de gobierno, los actos legislativos y los actos de las comisiones de investigación legislativa. En cambio, leyes y otras disposiciones normativas no pueden ser impugnadas por vía de amparo. Tampoco los actos jurisdiccionales del Poder Judicial. Esta restricción fue mantenida por la Sala Constitucional frente a un recurso de inconstitucionalidad que fue declarado sin lugar.⁴¹ Es interesante subrayar que según la sentencia de la Sala Constitucional cabe el hábeas corpus (amparo libertad) contra la actuación de las autoridades judiciales pero no el amparo. Estima la Sala Constitucional que la protección de los derechos fundamentales (con excepción de la libertad personal) no cabe contra los jueces, entre otras razones, «porque el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la Constitución».⁴² Este argumento es poco convincente ya que siguiendo su lógica tampoco se justificaría el recurso de hábeas corpus contra actuaciones de las autoridades judiciales. Rubén Hernández Valle por ello denomina dicha sentencia como «uno de los errores jurídicos más gruesos que ha cometido la Sala Constitucional».⁴³ Independientemente de ello, naturalmente es deseable un perfil de juez como el descrito por la Sala Constitucional.

El sistema costarricense también conoce el amparo contra privados. El artículo 57 de la LJC dispone que:

El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o

³⁸ R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), o. cit., p. 258.

³⁹ Se elimina, por ejemplo, la exigencia del agotamiento de la vía jurídica antes de poder acudir al amparo. Véase N. Lösing: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, 2002, p. 99.

⁴⁰ R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», o. cit., pp. 258 ss.

⁴¹ *Ibidem*, p. 268.

⁴² *Ibidem*, pp. 268 s.

de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta Ley.

El efecto directo frente a terceros privados de los derechos fundamentales y humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica se origina así en los artículos 57 y siguientes de la LJC.⁴⁴ La interposición del recurso de amparo contra particulares en Costa Rica requiere el cumplimiento de tres presupuestos procesales, que deben cumplirse de manera concomitante: 1) El sujeto pasivo debe actuar en el ejercicio de funciones o potestades públicas o encontrarse, de derecho o de hecho, en una situación de poder respecto del amparado; 2) Los remedios ordinarios deben ser claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales; 3) El particular recurrido no debe actuar en el ejercicio de conductas legítimas.

Estos tres presupuestos enunciados por Rubén Hernández Valle⁴⁵ reflejan una similitud con las situaciones y exigencias en otros ordenamientos latinoamericanos que reconocen una eficacia directa entre particulares de los derechos fundamentales. En especial el segundo presupuesto puede entenderse como un llamamiento al legislador de crear remedios ordinarios eficaces y cerrar las lagunas procesales que hacen necesario recurrir al amparo. Estrictamente hablando, cada amparo entre particulares concedido por un tribunal, en el caso concreto de Costa Rica por la Sala Constitucional, correspondería a un déficit en el ordenamiento legal (procesal) ordinario.

4. La evolución del amparo dentro del desarrollo del derecho procesal constitucional. El caso del Perú

En los últimos años, en América Latina se ha ido generando una conciencia sobre el derecho procesal constitucional como una nueva rama jurídica y como disciplina de investigación y enseñanza autónoma.⁴⁶ Dentro de este movimiento se ubica el estudio intensivo y crítico del instrumento del amparo, lo cual fomenta propuestas de mejora y reforma. Perú es el primer país en Latinoamérica que legisló un Código Procesal Constitucional (CPC) que en efecto lleva ese nombre.⁴⁷ Este Código entró

⁴⁴ N. Lösing: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, 2002, p. 104.

⁴⁵ R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», o. cit., p. 278.

⁴⁶ Véanse, entre otros: D. García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001; H. Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, 2002; E. Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional, su origen científico (1928-1956)*, Madrid, 2008. Ilustrativo también es el hecho de que el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* editado por la Fundación Konrad Adenauer contiene desde el año 2002 regularmente un capítulo dedicado al derecho procesal constitucional.

⁴⁷ C. Landa: «El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XI, tomo I, p. 361. Landa hace la salvedad de los Códigos procesales constitucionales preexistentes en dos provincias argentinas, Entre Ríos y Tucumán.

en vigencia el 1 de diciembre de 2004 con la declarada intención de sistematizar y codificar las normas que regulaban en forma dispersa los procesos constitucionales en el Perú, con ello también la así denominada acción de amparo, ahora proceso de amparo.

La Constitución Política de 1993 señala en el inciso 2 del artículo 200 que «procede la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos de los que protegen el hábeas corpus y el hábeas data. No procede el amparo contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas en un procedimiento regular». En primer lugar, la norma constitucional dispone vías distintas para la protección de determinados derechos fundamentales, siguiendo la usanza en otros ordenamientos latinoamericanos. El instrumento del amparo excluye de su protección el derecho de la libertad personal y los derechos conexos a ella, así como el derecho a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa. En segundo lugar, pretende reducir el ámbito de aplicación del amparo al excluir las normas legales y las resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular como objetos de control. Finalmente abre las puertas al amparo contra privados y con ello a la eficacia directa de los derechos fundamentales entre privados.

Es de especial interés analizar el cumplimiento de los requisitos constitucionales relacionados a los derechos protegidos, los objetos de control y en especial la procedencia del amparo contra normas legales y contra resoluciones judiciales en el novedoso Código Procesal Constitucional, ya que estos requisitos son fuentes de fuertes controversias en prácticamente todos los ordenamientos latinoamericanos.

4.1. Derechos protegidos

El legislador peruano ha elegido la vía de la casuística, conjuntamente con una cláusula de apertura, para definir los derechos protegidos por el proceso de amparo. De esta forma, la regulación contenida en el título III (Proceso de amparo), capítulo I (Derechos protegidos), artículo 37 (Derechos protegidos) del CPC enumera 24 derechos específicos y en su numeral 25 agrega: «los demás [derechos] que la Constitución reconoce».⁴⁸ Adicionalmente, el artículo 38 CPC aclara: «No procede el amparo

⁴⁸ Artículo 37 CPC. Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa; 3) De información, opinión y expresión; 4) A la libre contratación; 5) A la creación artística, intelectual y científica; 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones; 7) De reunión; 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; 9) De asociación; 10) Al trabajo; 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga; 12) De propiedad y herencia; 13) De petición ante la autoridad competente; 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país; 15) A la nacionalidad; 16) De tutela procesal efectiva; 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos; 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales; 19) A la seguridad social; 20) De la remuneración y pensión; 21) De la libertad de cátedra; 22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución; 23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; 24) A la salud; y 25) Los demás que la Constitución reconoce.

en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo». La técnica legislativa descubre que en el pasado debe haber habido muchos conflictos en relación con los derechos susceptibles de ser protegidos por el proceso de amparo. De otra forma no se explica la enumeración tan casuística y detallada. Hubiera bastado la simple referencia a los derechos fundamentales enumerados en la Constitución Política con excepción de aquellos derechos protegidos por vía del hábeas corpus o hábeas data. Adicionalmente tampoco parece que el legislador confiara en su propia enumeración al añadir finalmente el numeral 25 en el artículo 37 CPC. Conjuntamente con el artículo 3 de la Constitución Política se abre de esta forma la protección también para derechos no previstos directamente en la Constitución, pero que por analogía o por estar fundados en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, tienen carácter de derechos fundamentales. Finalmente, el artículo V del título preliminar del CPC⁴⁹ dispone que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales deberán interpretarse de conformidad con lo estipulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, y por las sentencias de los órganos de la jurisdicción internacional en las mismas materias. Aunque esta norma no hace más que recoger lo estipulado en la cuarta de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución de 1993, agrega la referencia a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y corrige la supresión de la referencia que hacía la Constitución de 1979 al rango constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales. De allí que la existencia de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta de 1993 ahora también recogida y desarrollada en el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, permite afirmar, conforme lo ha asumido el Tribunal Constitucional peruano en diversas sentencias, que al interpretarse los derechos constitucionales debe hacerse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos.⁵⁰

Una vez más y a pesar de la enumeración contenida en el artículo 37 CPC, la definición del ámbito de protección del proceso de amparo reposa en el juez constitucional que se deberá guiar por los lineamientos constitucionales y procesales existentes en la materia pero sin estar atado a una enumeración concluyente y cerrada.

⁴⁹ Artículo V. Interpretación de los derechos constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

⁵⁰ D. García Belaunde: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, 2.^a edición, Lima, 2009, p. 241.

4.2. Procedencia contra normas legales

Anteriormente a la Constitución de 1993, el artículo 3 de la ley n.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo había señalado que:

Las acciones de garantías proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En tal supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.

La normativa constitucional actual en cambio dispone que el amparo «no procede contra normas legales». A pesar de ello, la jurisprudencia siempre aceptó amparos contra normas legales si estas tenían efectos directos y concretos sobre los derechos fundamentales de un individuo.⁵¹ Si bien no cabe postular un procedimiento de amparo directamente contra una norma legal, en cambio sí cabe iniciarlo contra los actos violatorios de los derechos fundamentales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dicha norma. En casos de normas autoaplicables, esto está dispuesto explícitamente en el reformado artículo 3 del CPC.⁵² De modo que el impedimento constitucional se refiere a iniciar un procedimiento de amparo contra una norma legal en abstracto y no a interponerla contra los efectos particulares de una norma o cuestionarla en vía incidental en un proceso judicial ordinario.⁵³ En un sistema mixto de control de constitucionalidad con competencias distribuidas entre la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional, no parece inconveniente reservar el control abstracto de normas con resoluciones que tengan efectos generales a un procedimiento especial reservado al Tribunal Constitucional. En el caso peruano, es el artículo 202 párrafo 1 de la Constitución de 1993, que reserva la decisión sobre acciones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

La solución encontrada por la legislación constitucional y procesal constitucional, interpretada por el Tribunal Constitucional, se presenta como adecuada.

⁵¹ J. Samtleben: «Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Peru nach Fujimori», en: *VRÜ*, 40, cuarto trimestre 2007, p. 440.

⁵² Artículo modificado por la ley n.º 28946, publicada el 24 de diciembre del 2006, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 3. Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.»

⁵³ C. Landa: «El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano», o. cit., p. 361.

4.3. Procedencia contra resoluciones judiciales

La procedencia del amparo contra resoluciones judiciales desde siempre ha sido fuente de fuertes controversias. En el caso mexicano, por ejemplo, el amparo judicial, a partir de 1917, subsistió bajo la consideración de inmadurez política de los estados, inmadurez que, entre otras cosas, se caracterizaba por la falta de independencia de los jueces estatales frente a los gobernadores. El amparo judicial sometió a la justicia estadual al control de los jueces federales y generó, o al menos contribuyó a generar, una convicción en México de que si en un procedimiento, cualquiera que sea, se establecen diversos recursos ordinarios con los que sea posible revocar o modificar las resoluciones que se considere causan agravio, pero no existe por lo menos un recurso federal que se denomine *amparo*, la mayoría de la población, incluso los especialistas en derecho, sentirá que no se le han otorgado las suficientes garantías o medios de defensa, y queda la impresión de que se sentirán desprotegidos, es decir, *desamparados*.⁵⁴ También en el colombiano la tutela contra providencias judiciales ha generado inseguridad jurídica, afectado el valioso principio de cosa juzgada, generado el caos entre jurisdicciones y especialidades, originado el desconocimiento de jerarquías judiciales y propiciado un conflicto permanente en la cúpula de la organización judicial.⁵⁵ Comentarios similares se pueden encontrar para casi todos los ordenamientos en América Latina.

En el caso peruano, el legislador ha intentado salvar el problema al restringir el amparo judicial, tanto a nivel constitucional como en el nuevo CPC, e incluir definiciones en este último. Este dispone:

Artículo 4. CPC. Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó sentir la resolución que dice afectarlo. [...]

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

⁵⁴ J. de J. Gudiño Pelayo: «La jurisdicción de amparo y la independencia del juez local», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, tomo I, México, 2002, p. 397.

⁵⁵ M. Iguarán: «Comentarios sobre investigaciones hechas por GIZ», en: *Acción de tutela. Una reforma necesaria*, Bogotá, 2003, p. 38.

Asimismo, el artículo 5 inciso 6 CPC dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando «se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia».

Esta estricta definición legal pareciera dejar poco espacio para interpretaciones y excluir al menos el sumamente controvertido amparo contra amparo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cambio ha declarado la procedencia del amparo no solo contra resoluciones judiciales a favor del derecho a la tutela procesal efectiva. Ya en su sentencia STC num. 3179-2004-AA/TC. FJ 5-7 el Tribunal Constitucional dispuso:

[...] 5. En concreto, la respuesta (doctrinal) y jurisprudencial que se ha dado al tema en cuestión normalmente se ha intentado a partir de una interpretación de la limitación contenida en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución, cuyo texto reproduce con algunas variantes lo que en su momento preveía el inciso 3) del artículo 6 de la ley num. 23506, ahora derogado, según el cual el amparo

[...] no procede contra [...] resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Descartada una lectura de dicho precepto constitucional en el sentido de que no cabía la interposición de un amparo contra resoluciones judiciales, existe consenso en admitirse que, más que una prohibición, en realidad, dicho precepto contiene una limitación, cuyo ámbito de actuación opera en aquellos casos en los que la resolución judicial emana de un proceso «regular», pero no en aquellos otros donde esta se expide en el seno de un proceso «irregular».

Así fijado el sentido de este precepto constitucional, tras una interpretación literal, el paso siguiente fue dar respuesta a la interrogante: ¿cuando un proceso judicial puede considerarse «regular»? o, dicho en términos negativos, ¿cuando una resolución judicial emana de un proceso «irregular»?

La absolución de tal interrogante, a su vez, fue: Una resolución judicial emana de un proceso regular si esta se expide con respeto de los derechos que integran el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ambos reconocidos en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Lo que venía a significar que mediante el amparo solo se podía cuestionar resoluciones judiciales si es que en el momento de expedirse, la irregularidad se materializaba en la afectación de derechos que forman parte de aquel.

6. Con ello, por un lado, se ratificaba la tesis de que el amparo contra resoluciones judiciales no podía constituir un instrumento procesal que se superpusiera a los medios impugnatorios existentes en la legislación procesal y, tampoco, en la habilitación de una vía en la que se pudiera reproducir una controversia formulada ante las instancias de la jurisdicción ordinaria.

Pero al mismo tiempo, se venía a institucionalizar una doctrina jurisprudencial, según la cual los jueces ordinarios, en el ejercicio de sus funciones, solo se encontraban vinculados a un número determinado de derechos fundamentales. En concreto, solo en relación con aquellos de naturaleza procesal (tutela procesal y todos los derechos que lo integran).

En cierta forma, tal tendencia se ha concretado en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 4 establece:

«El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...]».

En definitiva, ya sea por vía jurisprudencial o por vía legislativa, la concreción sobre el ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales se ha circunscrito solo a la protección de los derechos fundamentales de orden procesal, quedando fuera de su ámbito todos los otros derechos igualmente fundamentales (o constitucionales).

7. ¿Hay razones jurídico-constitucionales para que el ámbito de derechos protegidos mediante esta variante del amparo tenga que ser replanteado? El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es afirmativa, desde un doble punto de vista. Por un lado, a partir del diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso; y, por otro, a partir de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho.

[...]

20. En definitiva, una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judicial, desde una perspectiva constitucional, depende de que estas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales [...].⁵⁶

El Tribunal Constitucional con esta sentencia ha abierto el examen de resoluciones judiciales al parámetro completo de los derechos fundamentales sin la limitante «de orden procesal». Se trata de una jurisprudencia totalmente opuesta a la de la Sala Constitucional de Costa Rica en la misma materia.⁵⁷ Podría denominarse una jurisprudencia valiente y en consistencia con la exigencia del agotamiento de la vía previa prevista en el artículo 5, inciso 4, y el artículo 45 del CPC (al menos en caso de una interpretación amplia de la vía previa entendiendo esta no solo como la vía administrativa, sino también judicial, y restrictiva de las excepciones mencionadas en

⁵⁶ Extractos de la jurisprudencia publicados en: C. Landa Arroyo: *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, 2010, pp. 346 ss.

⁵⁷R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), o. cit., p. 268.

el artículo 46 CPC). «Podría», porque el mismo Tribunal Constitucional inicialmente siguió lineamientos distintos al considerar la procedencia del amparo contra amparo. Así, en su sentencia STC num. 4853-2004-PA/TC. FJ 5, el Tribunal Constitucional argumentó en relación al fundamento constitucional del amparo contra amparo de la siguiente forma:

[...] 5. En principio conviene destacar que, conforme se desprende del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, en el marco de la regulación actual, ya no sería posible iniciar una demanda de amparo para cuestionar [...] una resolución firme recaída en otro proceso constitucional [...].

No obstante, este Colegiado ha establecido al respecto que [...] la posibilidad del «amparo contra amparo» tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece que el amparo [...] no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que [...] cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional [...].

Esta jurisprudencia fue confirmada posteriormente en la sentencia STC num. 4609-2005-PA/TC. FJ2, en la cual el Tribunal repite:

[...] 2. En el presente caso nos encontramos ante el supuesto de lo que comúnmente se denomina «amparo contra amparo». [...]

[...] de modo que [...] la disposición [artículo 5 inciso 6)] debe entenderse como que efectivamente no procede el amparo contra amparo si es que en el proceso se han respetado de modo escrupuloso los derechos fundamentales de orden procesal a los que se refiere el artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional.

No es hasta la sentencia STC num. 4853-2004-PA/TC. FJ 8-21 que el Tribunal Constitucional, haciendo referencia a su sentencia STC num. 3179-2004-AA/TC, compatibiliza su argumentación en relación con los parámetros de control aplicables al examen de resoluciones judiciales. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional aclara:

[...] 13. En este punto conviene precisar que conforme tiene establecido este Tribunal (exp. n.º 3179-2004-AA/TC), la protección de los derechos fundamentales vía un nuevo proceso de amparo no se agota en los aspectos formales, toda vez que el «amparo contra amparo» comparte el mismo potencial reparador cuando se trata de la afectación de cualquier derecho fundamental; [...]

14. Solo así los derechos fundamentales alcanzan verdadera eficacia normativa vertical, vinculando a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos del Poder Judicial. Esto además en el entendido de que el ámbito de protección del proceso constitucional de amparo no se limita solamente a la

tutela del derecho al debido proceso, sino que se extiende de conformidad con el artículo 200.2 de la Constitución a todos aquellos derechos fundamentales que no son objeto de tutela por el proceso constitucional de hábeas corpus y hábeas data. Nada justifica por tanto, que el objeto de protección en el «amparo contra amparo» se reduzca solo a los aspectos formales del debido proceso. [...]

Esta jurisprudencia refleja los problemas que pueden surgir en sistemas mixtos de control de constitucionalidad por la multiplicidad de jueces e instancias involucradas y la consecuente falta de unificación jurisprudencial en materia constitucional. Problemas que surgen por falta de confianza en los tribunales ordinarios al aplicar directamente los derechos y conceptos constitucionales y, posiblemente, también por falta de suficiente especialización del juez ordinario en materia constitucional. Ya de por sí la construcción de un «amparo contra amparo» es señal de una estructuración jerárquica insuficiente dentro del Poder Judicial. En una jerarquía de instancias bien estructuradas, no puede existir un amparo contra amparo, sino como máximo un recurso común (en el sentido de una queja, apelación o casación) ante un tribunal superior. Adicionalmente, el hecho de permitir amparos sucesivos genera una inseguridad jurídica y contraviene el principio constitucional de una justicia pronta y eficaz. Finalmente, la autoridad de la cosa juzgada, que Domingo García Belaunde pretende salvar con el argumento de que la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendiendo por regularidad el debido proceso legal),⁵⁸ se pierde en el mismo momento en que por razones de derecho constitucional material pueda ser procedente un «amparo contra amparo».

La solución más obvia está en una exigencia estricta del agotamiento de la vía judicial (y no solo de la vía previa administrativa), lo cual naturalmente exige un diseño procesal adecuado en las otras materias del derecho para ofrecer instrumentos procesales efectivos que generen la protección necesaria dentro de la justicia ordinaria, acompañado, en casos excepcionales, de un proceso de amparo contra la resolución judicial de la última instancia ordinaria ante el Tribunal Constitucional. Naturalmente, el parámetro de control aplicable en el proceso de amparo deberá consistir exclusivamente en los derechos fundamentales y los derechos humanos en los tratados internacionales vigentes en el país.

Vemos que el Código Procesal Constitucional peruano y la jurisprudencia constitucional basada en este, a pesar de los importantes avances que conlleva, no ha logrado solucionar todavía los clásicos aspectos conflictivos que surgen alrededor del amparo.

5. Retos pendientes

El amparo constitucional ha resultado ser un instrumento indispensable en la lucha por la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales. Según la opinión mayoritaria al menos en Latinoamérica, en sus orígenes

⁵⁸ D. García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, pp. 168 ss.

mexicano, el amparo ha iniciado una expansión impresionante hacia otros países latinoamericanos y también, mezclado con influencias de otros sistemas jurídicos, a otras regiones del mundo. Fueron sentencias dictadas con base en amparos constitucionales, las que también en América Latina marcaron hitos históricos en la difícil lucha por la realización del Estado de derecho. Ha sido tanta la aceptación del amparo como instrumento de protección rápido y eficaz, que el instrumento terminó sobreexigido. Para el caso peruano, Domingo García Belaunde escribe:

Lo que pasó fue algo que resultó ser funesto: como la ley otorgaba un trámite sumario al amparo más que a cualquier otra figura procesal, y como a su vez su tramitación era más rápida y se podía esperar una mejor acogida al llegar al más alto nivel (Tribuna de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional), se empezó a usar el amparo en forma desmedida y abusiva. Esto produjo una sobrecarga procesal innecesaria, que a la larga creó una instancia adicional más y nuevas dilaciones. Y en cuanto al amparo mismo, pensado para durar pocos meses, empezó a dilatarse durante años. Y esto fue agravándose con el tiempo.⁵⁹

En México, la existencia del *amparo* es condición sine qua non de un sistema judicial justo y suficientemente garantista. Por ello, el amparo en México ha tenido un desarrollo bastante peculiar y, a diferencia de los demás países latinoamericanos que regulan la institución, el juicio de amparo mexicano comprende en realidad cinco sectores claramente diferenciados: el amparo libertad; el amparo contra resoluciones jurisdiccionales, que allí equivale al recurso de casación; el amparo contra leyes; el amparo como un proceso contencioso administrativo; y el amparo social.⁶⁰ La *fe* en el amparo, en opinión de José de Jesús Gudiño Pelayo, permite explicar,

aunque de modo provisional y solo como hipótesis, que en el sistema jurídico mexicano no haya sido posible desarrollar instituciones como el *reclamo*, el *habeas corpus* o la *casación*, para citar solo unos ejemplos. Estas instancias ya fueron, literalmente, no es metáfora, devoradas por el amparo.⁶¹

En efecto, el amparo corre el riesgo de convertirse en la «llave inglesa» de los sistemas judiciales latinoamericanos, desplazando otros instrumentos que podrían ser más ajustados y adecuados a la materia dentro de los ordenamientos procesales ordinarios. Este desplazamiento se debe al asfixiante formalismo de muchos ordenamientos procesales y a la sencillez y rapidez de un procedimiento de amparo.

El abuso del amparo puede convertirlo en un instrumento de inestabilidad al dilatar la solución de conflictos, romper el principio de la cosa juzgada y contravenir el principio de jerarquía institucional dentro del Poder Judicial.

⁵⁹ D. García Belaunde: *El Derecho procesal constitucional en perspectiva*, 2.^a edición, Lima, 2009, p. 246.

⁶⁰ E. Ferrer Mac-Gregor: «El amparo iberoamericano», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), o. cit., p. 15.

⁶¹ J. de J. Gudiño Pelayo: «La jurisdicción de amparo y la independencia del juez local», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, tomo I, México, 2002, p. 397.

El amparo, por las razones arriba mencionadas, permanentemente se encuentra en el análisis crítico de la doctrina y es objeto de reformas y contrarreformas. Recientemente su clara ubicación dentro del derecho procesal constitucional, el lugar que le pertenece por excelencia, deja vislumbrar que el amparo latinoamericano va por buen camino. Conjuntamente con la especialización y concentración de la jurisdicción constitucional podrá (re)conquistar el lugar dentro de los instrumentos y las garantías constitucionales que le corresponde.

La consecuencia de los déficits actuales no debe ser la eliminación del amparo, sino su especialización a la protección de los derechos fundamentales y la rehabilitación de los ordenamientos procesales ordinarios, previendo dentro de estos instrumentos de similar o aun mayor eficacia en la protección de los derechos de los ciudadanos. La procedencia del amparo contra privados no puede ni debe sustituir un ordenamiento legislativo secundario (derecho privado) en materias tan importantes como, por ejemplo, el derecho laboral y el derecho civil en general. Tampoco debe convertirse en el *recurso regular* en materias del derecho tributario-fiscal o del derecho social.

Las nuevas corrientes legislativas y doctrinales en América Latina han reconocido esta necesidad y los esfuerzos por fortalecer el derecho procesal constitucional señalan en la dirección correcta. Naturalmente, y como tristemente se puede observar en algunos países latinoamericanos, el instrumento del amparo pierde su valor en el momento en el cual el Poder Judicial carece de la necesaria independencia. Formar jueces que sepan mantener su independencia también en situaciones adversas y que tengan los conocimientos suficientes para aplicar de forma adecuada las leyes y los valores constitucionales son la *conditio sine qua non* para que el instrumento del amparo pueda cumplir con su intención de traspasar las promesas constitucionales a la realidad social.

**Los retos del Estado de derecho
El pluralismo de derecho
desde arriba y desde abajo**

La transformación de la juridicidad en los Estados latinoamericanos: efectos del pluralismo jurídico *desde arriba*

Helen Ahrens*

1. Introducción

La distinción entre *internacional* y *nacional* se convierte cada vez más compleja por la intensificación de las cooperaciones internacionales, el aumento del tráfico transfronterizo de bienes, personas, capital e informaciones. Las sociedades nacionales que fueron organizadas en correlación con cada Estado nación se ven, en forma creciente, influenciadas por sistemas internacionales.

A nivel internacional, no solo ha aumentado el número y la amplitud de los tratados, convenios y acuerdos entre los Estados y sus diversos órganos, sino que también lo ha hecho la capacidad creadora de nuevas normas de las instancias así establecidas. A esto se suman las diversas instancias normativas privadas productoras de normas de validez universal. No hay mayor reforma de la justicia que la que se está produciendo a raíz de la globalización del derecho.

La dinámica de transformación jurídica se torna compleja. Los Estados se ven sometidos a la presión de un *pluralismo jurídico* desde arriba. Esto se debe específicamente a dos fenómenos. Por un lado, el ordenamiento jerárquico del antiguo derecho pierde su sentido y requiere ser redefinido. Surgen demandas de coordinación, armonización, cooptación (trasplante) e, incluso, fusión o hibridación del derecho de los diversos niveles. Por otro lado, la proliferación de instancias internacionales

* Doctora en Derecho (Universidad de Kiel). Directora del Proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho (Colombia), GIZ. Líder temático del grupo de expertos «Estado de Derecho» de la red de expertos GIZ (Red-Lac). Ha sido asistente científica del Instituto Max-Planck en Hamburgo. Publicó varios libros y artículos sobre reformas judiciales y legales en América Latina y los retos de una política de derecho.

de solución de conflictos limitadas a áreas o temas por las cuales fueron creadas, muchas veces no se encuentran en un sistema de relación jerárquica bien definida entre sí o con relación al sistema judicial nacional.

De todo esto se desprende que en lo internacional los valores públicos fundamentales no son protegidos por un sistema jurídico unitario asegurado por un sistema normativo y un sistema judicial jerárquicamente predefinidos. El orden jurídico existente se torna cada vez más relativo y es deconstruido en aspectos esenciales para dar paso a la construcción de un nuevo derecho que permita a la justicia adaptarse a los nuevos requerimientos de la sociedad globalizada y pluralista.

Esto representa un gran desafío para la concepción del Estado de derecho. Existen muchos elementos que hacen suponer que el *pluralismo desde arriba* podría poner en entredicho sus fundamentos esenciales: el principio de la igualdad de las personas frente a la justicia y la sujeción del Estado al principio de legalidad, entendida esta como la definida democráticamente. Además, debido a que en muchos países de América Latina el Estado de derecho más que realidad ha sido una bella aspiración, el creciente pluralismo jurídico parecería alejar aún más la posibilidad de materialización de sus fundamentos valóricos.

Todas estas razones reclaman comprender las tendencias de la creación de una juridicidad tanto universal como regional, con normas e instituciones propias. Su desarrollo intrínseco y el diálogo entre estas tendencias no pueden quedar sujetos a fuerzas incontroladas. Debe haber un proceso de ordenamiento y articulación. A ello pretende contribuir este artículo.

2. Globalización del derecho

2.1. *El desenvolvimiento de un «bienestar global»*

2.1.1. *Desde la fragmentación hacia el pluralismo jurídico «desde arriba»*

Por mucho tiempo, el derecho internacional público ha sido definido como un orden jurídico creado y desarrollado por Estados soberanos. Son ellos los actores que crean tratados por mutuo acuerdo para evitar conflictos internacionales. De ahí que balancean intereses contradictorios. En este contexto se debe mencionar el principio de no intervención en asuntos internos. Se trata de un mecanismo para evitar conflictos internacionales que pueden generarse a raíz de una intervención de un Estado en los asuntos de otro.

En el transcurso del tiempo surgieron desafíos en distintos campos, como el del tránsito internacional, la comunicación internacional, las pesas y medidas, las enfermedades infecciosas, las normas de trabajo, la lucha contra la delincuencia, que ningún Estado podría solucionar por sí solo. Estos desafíos evidenciaron una interdependencia estatal más profunda, por lo cual el derecho internacional público adquirió funciones más activas. Se busca solucionar los retos por vía de la armonización de estándares nacionales partiendo de intereses comunes (*common interest*). Para tal efecto se crean organizaciones internacionales con la tarea de vigilar que la armonización se realice de acuerdo con el desarrollo social. De esta manera,

el derecho internacional público crea el marco para la implementación proactiva de intereses comunes por la cooperación internacional.²

Este fenómeno trae consigo una proliferación de regímenes multilaterales con los más distintos objetivos y la más diversa composición. Además, ciertos tratados (p. ej. sistema universal y regional de los derechos humanos; Organización Mundial de Comercio, OMC) han establecido instituciones encargadas de desarrollo normativo posterior a sus disposiciones materiales generales. Ante la ausencia de un sistema claro de jerarquía normativa en el derecho internacional surgió la preocupación de que este desarrollo inarticulado aumente las probabilidades de que distintas instancias jurídicas interpreten el derecho aplicable de manera contradictoria.

La probabilidad, que había sido detectada hace tiempo en el ámbito teórico, cobró importancia práctica en los noventa del siglo pasado. En el caso *TADIC*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se negó a aplicar el parámetro desarrollado por la Corte Penal Internacional en el caso *Nicaragua* respecto a la atribución de responsabilidad de los Estados por actos violentos de grupos privados (milicias).³ Desde aquel entonces, la variedad de casos aumentó. Se puede mencionar la relación del derecho de la OMC con regímenes convencionales en materia de derecho ecológico, laboral y de derechos humanos,⁴ o bien, la relación entre el sistema universal y los regionales de protección de los derechos humanos respecto al efecto de las reservas indebidas.⁵ En consecuencia a esta decisión, el tema de la *fragmentación del derecho internacional* fue incluido a largo plazo dentro del programa de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en el 2000.⁶

Los estudios de la CDI realizados en sus seis años de trabajo en el tema no dieron una solución única al fenómeno. Mas bien, hoy en día no solo existen diferencias sobre cómo resolver, tanto material como procesalmente, las incertidumbres respecto a los diferentes sistemas de derecho internacional. Ni siquiera hay acuerdo en torno a la pregunta de si la fragmentación realmente es algo indeseable o si debería acogerse como expresión de un crecimiento, hasta cierto punto natural, y de un pluralismo contemporáneo, propios del orden jurídico internacional, como la CDI destacó.

Desde esa perspectiva, el desarrollo del derecho internacional es una historia de progreso en la cual el derecho internacional público tradicional no se opone a formas más modernas de creación normativa en las que intervienen otros actores, y en donde los intereses comunes juegan un papel destacado.⁷

² Nayo Okuwaki: «Globalisierung, Verrechtlichung und Völkerrecht. Kann das Völkerrecht die Globalisierung überleben?», en: Murakami, Maruschke, Riesenhuber (eds.): *Globalisierung und Recht*, Berlín: Walter de Gruyter, 2007, p. 202.

³ *Prosecuter v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

⁴ Thomas Cottier: «Multilayered Governance, Pluralism and Moral Conflict», en: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 2009, p. 647.

⁵ Okuwaki, o. cit., p. 202.

⁶ Report of the International Law Commission, 52.^a sesión, 2000, UN Doc. A/55/10, Annex, 1.1.2000.

⁷ Georg Nolte: «Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional en setenta años de Naciones Unidas», en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/7/art/art6.htm>.

2.1.2. *El bienestar global (public interest): una nueva categoría emergente*

En el discurso internacional cabe distinguir entre el *interés común (common interest)* de la *sociedad internacional (international society)* y el *bienestar global (public interest)* de la *comunidad internacional (international community)*.⁸ Mientras la primera alternativa se refiere al derecho internacional público tradicional (incluyendo la intensificación de la cooperación por la interdependencia estatal), la segunda hace referencia a un desarrollo reciente interrelacionado con el aumento del interés en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente,⁹ lo que va mancomunado con lo que se llama *globalización*. Resumiendo los discursos alrededor de este tema se puede destacar que la comunidad internacional gana un interés propio, el *bienestar global*, superando la suma de intereses estatales. Mucho se escucha de la *sociedad internacional en su totalidad* o que existe *derecho obligatorio (ius cogens) en la sociedad internacional*.¹⁰ De esto se puede desprender que la sociedad internacional tiene un orden público (*ordre public*) propio y que, por lo tanto, se trata de una comunidad internacional.

Aunque el concepto de *bienestar global* todavía no se encuentra plasmado en forma positivista en el orden del derecho internacional público, y aunque todavía no está definido lo que es *ius cogens* de la comunidad internacional, hay desarrollos que apuntan en esta dirección. Tanto resoluciones de la ONU y ampliaciones a las convenciones sobre los derechos humanos hacia el derecho individual como informes sobre violaciones de derechos humanos, la instalación de gremios de inspección de instituciones internacionales o la creación de la Corte Penal Internacional para castigar el genocidio y violaciones graves del derecho internacional humanitario pueden ser valorados como intenciones de crear un sistema que obliga a los Estados a cooperar entre sí. Esta obligación de cooperar para atender intereses universales y valores uniformes dispara en muchos lugares controversias y sobrepasa muchas veces su capacidad de reacción.

Una doctrina muy reciente se acerca al tema del *bienestar global* desde otra perspectiva, la del sujeto de derecho internacional. Según la teoría tradicional del derecho internacional público, la humanidad como tal, es decir todos los seres humanos viviendo en esta tierra, no tiene personalidad jurídica internacional y por lo tanto no tiene derechos ni deberes. O con otras palabras: la humanidad como tal no existe en el derecho internacional público. Esto lleva, por ejemplo en el derecho internacional ambiental, a dificultades: un Estado que no ha firmado la convención de la ONU sobre el derecho del mar puede hundir legalmente basura en cualquier lugar de las aguas internacionales ya que la alta mar no pertenece a nadie. La doctrina

⁸ Okuwaki, o. cit., p. 203; Giuliana Ziccardi Capaldo: *The Pillars of Global Law*, Hampshire, p. 219.

⁹ La discusión sobre la *comunidad internacional* ganó actualidad por la introducción de este concepto en la propuesta de una codificación del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad estatal presentada por la Comisión del Derecho Internacional Público de la ONU en 2001. El art. 33.1 dice: «Las obligaciones del Estado responsable descritas en esta parte se deben a un Estado, un conjunto de Estados o la *comunidad internacional*, dependiendo de la naturaleza o del contenido de la obligación del derecho internacional y de los hechos de su violación».

¹⁰ Okuwaki, o. cit., p. 203.

reciente fundamenta la teoría de que el clima, la alta mar, etcétera, no son tan de nadie, sino que pertenecen a la humanidad como tal.¹¹ Es decir, que la humanidad como tal gana personalidad jurídica internacional.

Esta doctrina desarrolló su argumento más allá.¹² La humanidad como tal puede reclamar de cualquier Estado establecer un ordenamiento jurídico de manera que cualquier individuo goce protección legal independientemente de su origen, en el contexto de ciertos estándares mínimos inalienables, tales como jueces imparciales, el derecho a ser oído, juicios justos, tiempos razonables para sentenciar, etcétera. En el caso en que un Estado no pueda cumplir con el nivel mínimo del Estado de derecho determinado por el derecho internacional público, sea por revolución, guerra o cualquier otra razón, otro Estado puede actuar en su lugar aplicando el principio de proximidad por estado de necesidad.

Aquí no es el lugar profundizar las tendencias descritas. Lo que se puede aprender es que alrededor del concepto del *bienestar global* —que radica en la protección de valores globales como los derechos humanos, medio ambiente, clima, etcétera— se está cambiando el discurso sobre el rol e impacto del derecho internacional público. El concepto emergente supera paulatinamente la función tradicional pasiva del derecho internacional público de evitar conflictos entre Estados. En consecuencia, el concepto del *bienestar global* relativiza paso por paso el principio de la territorialidad de los Estados soberanos y erosiona lentamente el principio de la no interferencia en los asuntos internos.

2.1.3. Fase de amplio rango de construcción de una comunidad internacional

Esto tiene, además, la siguiente implicación: en el marco de la cooperación intergubernamental, a la cual subyace, hasta ahora, el interés común de los Estados, se hace posible que distintos actores se involucren en la creación de un *bienestar global*. Organizaciones internacionales, Estados soberanos, diversos organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil como actores no gubernamentales buscan en su interacción —y también a través de diversos sistemas políticos existentes— visiones de una nueva comunidad internacional.¹³

En este contexto, Estados y organizaciones internacionales deben estar interesados no solo en lo que pasa en su propio territorio, sino más bien tienen que recopilar informaciones de lo que ocurre en los demás y evaluarlas.¹⁴ Por tal razón se puede observar un aumento de los indicadores que miden los más diversos fenómenos, tales como el cumplimiento de los derechos humanos (Human Rights Watch, Freedomhouse), el Estado de derecho (BTI Index 2010), respeto por la propiedad intelectual (International Property Rights Index 2011), transparencia (Corruption

¹¹ Menno Aden, «Völkerrechtssubjektivität der Menschheit», en: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 105.1, 2006, pp. 55-64.

¹² Menno Aden, «Internationale Notzuständigkeit», en: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 106.4, 2008, p. 490.

¹³ Ziccardi Capaldo, o. cit., p. 47.

¹⁴ Okuwaki, o. cit., p. 203.

Perception Index 2010), cumplimiento de los principios de la democracia (Democracy Index 2010), parámetros para realizar negocios (World Bank Doing Business Report 2011) e integración en lo global (KOF Globalization Index 2010).

Por lo tanto, se necesitan expertos, por ejemplo, en derechos humanos o medio ambiente, que observen los acontecimientos en los Estados individuales. Además, la recopilación a través de sus redes internacionales es esencial. De ahí se aprende que las informaciones proporcionadas por el propio Estado por sí solo no son fiables. Por lo tanto, tiene sentido que las organizaciones e instituciones internacionales integren en sus actividades redes privadas para vigilar por el cumplimiento de los derechos humanos, del medio ambiente, etcétera. El sistema de informes sobre violaciones de los derechos humanos por los Estados o por el individuo tiene el mismo significado. Para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional se necesitan observadores para perseguir los crímenes contra la humanidad que se cometen en Estados individuales.

El impacto de este desarrollo reside en que el papel de la voluntad estatal hacia afuera como voz única que resume los distintos intereses internos se relativiza en el proceso de la creación de un *bienestar global*. Esto tiene efecto en el ejercicio efectivo del poder en el territorio del Estado individual.

2.1.4. Resumen

Nos encontramos inmersos en una época de formación de un derecho global, diferente del derecho internacional clásico. Este nuevo derecho está compuesto, al igual que aquel, por contratos, acuerdos, convenios y otras manifestaciones internacionales de voluntad de los Estados, pero su creación y sus contenidos desarrollan y superan la juridicidad de las formas tradicionales de relaciones soberanas entre Estados, y de los derechos individuales de las personas. Básicamente, estos contenidos nuevos se refieren a:

- La creación de un conjunto de normas que definen la tolerancia de la comunidad internacional frente a comportamientos de los Estados, que antes estaban sujetos a su solo arbitrio.
- La creación de instancias con competencia (tribunales de derechos humanos, tribunales arbitrales, comisiones de expertos, etc.) para analizar, interpretar o juzgar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados al adherir a este conjunto de normas internacionales. Es decir, instancias externas han adquirido el poder formal de enjuiciar el comportamiento interno de los Estados.
- Delegación de la autonomía o soberanía de los Estados en el ámbito jurídico, en favor de instancias internacionales.

La diversidad gira alrededor de un concepto de *bienestar global* bajo construcción que radica en la protección de valores globales.

2.2. Impactos en el Estado de derecho

Los cambios antes descritos afectan las teorías tradicionales del Estado y el derecho que desarrollan una concepción esencialmente *jerárquica* o *lineal* de un sistema jurídico. La jerarquía se expresa por una situación de superioridad o subor-

dinación, tanto de sus órganos como de sus normas.¹⁵ El gráfico de una pirámide estratificada en diversos niveles intermedios, sólidamente construida sobre una base territorial, constituye la expresión de este modelo. Esta concepción piramidal y jerárquica es la que, hasta ahora, determina las relaciones entre derecho nacional e internacional público tradicional.

Parece necesario replantearse justamente este modelo, como resultado de la globalización y las nuevas realidades jurídicas. Sintetizando lo antes descrito, se puede decir que existen por lo menos tres grandes áreas de cambios que ponen en duda la pertinencia del modelo piramidal:

- En primer lugar, se ponen en cuestión las relaciones entre los sistemas jurídicos. Desde la perspectiva estrictamente jerarquizada y territorial, su interacción era solo posible en términos de subordinación, integración o indiferencia. Hoy vemos una compleja interacción entre normas de diferentes sistemas.¹⁶ Así, hay normas de derecho internacional que son aplicadas directamente en los sistemas jurídicos nacionales, o normas de derecho interno que son reconocidas por el sistema jurídico internacional u otros sistemas jurídicos nacionales.¹⁷ De este modo, la frontera entre lo interno y lo externo, que alguna vez pareció nítida, se hace cada vez más difusa.
- Un segundo aspecto tiene que ver con la primacía de la Constitución sobre el resto de las normas jurídicas internas. Si bien las Constituciones permanecen como el fundamento de los sistemas jurídicos nacionales, poco a poco se han abierto al reconocimiento de otros sistemas.¹⁸ Así, por ejemplo, el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos al mismo nivel que las disposiciones constitucionales, las consecuencias que suponen los procesos de integración regional o el reconocimiento de jurisdicciones internacionales obligan a repensar el lugar que ocupan las Constituciones en ese sistema piramidal.
- Un tercer aspecto tiene que ver con la legitimidad de las normas¹⁹ y por ende de su interpretación y aplicación. La teoría tradicional, según la cual el derecho es el que se crea por medio de las instituciones democráticas, es decir, el Parlamento, cuyos integrantes fueron elegidos en forma libre y bajo condiciones iguales, se ve gravemente afectada por los aspectos antes mencionados. Además, si bien en teoría la interpretación de las normas,

¹⁵ Alberto Borrea Odría, *Derecho y Estado de derecho*, Lima: Gráfica Monterrico, 1999, p. 553.

¹⁶ Ziccardi Cappaldo, p. 177.

¹⁷ Miguel Martín-López: «Comentarios sobre la colisión de normas y principios del mismo nivel jerárquico en el derecho internacional», en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, enero-junio 2011, p. 217.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, «Pasado y futuro del Estado de derecho», en: Carbonell, Orozco, Vázquez: *Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, 2002, p. 195.

¹⁹ Ziccardi Capaldo, o. cit., p. 166; Francisco J. Laporta: «Globalización e imperio de la ley», en: Carbonell et al.: *La globalización y el orden jurídico*, Bogotá: Universidad Externado, 2007, p. 210.

especialmente por los tribunales, está encuadrada, de acuerdo con la teoría tradicional, por una norma de competencia que les otorgaría la posibilidad de crear normas individualizadas, en realidad, el poder que tienen los tribunales de reconocer normas, incluso de crearlas, los pone en cierto modo en la cima de la pirámide.

2.2.1 Principios afectados

Así, sin intentar borrar el horizonte propuesto por el modelo piramidal ni negar de manera radical su validez, es claro que la complejidad de las realidades jurídicas del mundo global interfiere también en principios del Estado de derecho íntimamente relacionados con este modelo:

Principio 1: El derecho es la base y el límite tanto de la violencia estatal como de la actuación estatal.²⁰

Este principio abarca:

—El principio de legalidad (*Gesetzmäßigkeit*) de la actuación estatal que se expresa tanto por leyes y reglas claras y determinadas²¹ como por la garantía de una protección eficiente.

—El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) de la actuación estatal.

Principio 2: Establecimiento de un régimen materialmente justo.²²

Las tendencias a la erosión de estos principios se reflejan con mayor fuerza en materia de regulación de la inversión extranjera. Allí se muestran claramente algunas de las paradojas del fenómeno de la globalización y de las diversas fuerzas contradictorias. Específicamente, el derecho internacional que regula la protección contra la expropiación de inversiones es un buen ejemplo.

La protección internacional de la propiedad se basa principalmente en tres pilares normativos:²³ 1) la ley diplomática; 2) la protección de los derechos humanos; y 3) los tratados bi y multilaterales de protección de inversión. Entonces, con referencia al primer principio surge la pregunta de cómo se puede determinar el derecho aplicable en caso de que existan varias materias legales competentes para resolver un conflicto.

Esto trae consigo una batería de preguntas con mirada a los subprincipios mencionados. Por un lado, se debe tener en cuenta que los pilares normativos 2 y 3 se dividen en niveles multilaterales, regionales y bilaterales, por lo cual esta fragmentación de las fuentes del derecho pone en peligro el subprincipio de leyes y reglas claras y determinadas. Pero peor aún: son instituciones y regímenes diferentes que

²⁰ Borea Odría, o. cit., p. 542.

²¹ Joseph Raz: «Estado de derecho y su virtud», en: Carbonell, Orozco, Vázquez, o. cit., p. 19.

²² Borea Odría, o. cit., p. 556.

aplican esta diversidad de normas.²⁴ Se trata, en particular, de la Corte Internacional de Justicia, los órganos de supervisión de los sistemas regionales de los derechos humanos, tribunales ad hoc establecidos en virtud de tratados de protección de inversiones bi o multilaterales, como por ejemplo el mecanismo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID, su sigla en inglés), que es un organismo independiente pero vinculado estrechamente con el Banco Mundial, el Tribunal Europeo de Justicia y tribunales nacionales. Cada uno de estos foros está sujeto a condiciones distintas en su toma de decisión. Entonces, partiendo de esta invitación al *forum shopping* surge la pregunta sobre dónde queda el principio del juez natural.

El principio de proporcionalidad de la actuación estatal se ve gravemente afectado en el caso de la expropiación indirecta por falta de una jurisprudencia clara. Objeto de controversia es la demarcación de la expropiación compensable de una regulación que interfiere en la propiedad, pero que es legítima y por ende no compensable. En este contexto, la protección de los derechos humanos sigue un modelo de solución distinto del sistema de protección previsto por el sistema de solución de conflictos en los contratos de protección de inversiones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos insta a la existencia de una expropiación indirecta que la interferencia estatal en la propiedad toma cualquier uso del afectado y destruyó todo el valor económico de la propiedad. Mientras en la práctica de arbitraje de protección de inversiones prevalece predominantemente el concepto según el cual una expropiación sustancial del valor económico de la propiedad es suficiente. Los conceptos distintos explican desde las perspectivas de los regímenes de derechos humanos o la de la protección de inversiones las diferencias entre los dos regímenes.²⁵ En el sistema de derechos humanos, la protección de la expropiación se encuentra en un contexto normativo más amplio de protección de la propiedad que el que se puede encontrar en el derecho internacional de protección de inversión.

Pero ahí la interferencia en la seguridad jurídica no termina. En la práctica del arbitraje en la protección de inversiones existe la controversia de si, y en qué medida, en el contexto de la decisión sobre la afectación de los derechos de propiedad de inversión, se debe considerar la finalidad de la regulación que el gobierno aplica. Existen laudos contradictorios al respecto. En el caso *Metalclad*,²⁶ un tribunal de arbitraje ha calificado como expropiación indirecta que requiere una indemnización la negación de un permiso de construcción de un vertedero de residuos tóxicos alegando para ello la necesidad de la protección de cierta variedad de cactus raros.

²³ Thilo Rensmann: «Völkerrechtlicher Enteignungsschutz», en: D. Ehlers, H. Wolfgang, U. J. Schröder (eds.): *Rechtsfragen internationaler Investitionen*, Fráncfort del Meno: Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 27 ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 34.

²⁵ Rensmann, o. cit., p. 46.

²⁶ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (NAFTA), laudo arbitral 30.8.2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 212. ²⁷ *Methanex Corporation v. United States of America* (NAFTA), laudo arbitral 3.8.2005 (Final Award), *ILM* 44 (2005), p. 1343.

Mientras en el caso *Methanex*,²⁷ el tribunal de arbitraje consideró que intervenciones no discriminatorias en la propiedad no constituyen, en principio, una expropiación indirecta en tanto son expresión del *police power* tradicional.

2.2.2. Tendencias conciliadoras

Para superar las contradicciones y apoyar a la creación de un sistema legal transistémico, la doctrina ha elaborado propuestas como colisiones entre normas y principios del mismo nivel jerárquico, aplicando el criterio de ponderación. En el caso de *Tecmed*, por primera vez un tribunal de arbitraje aplicó el principio de proporcionalidad comparando la finalidad del interés público de la acción estatal con sus efectos en la inversión.²⁸ Haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el tribunal de arbitraje dispuso que la calificación de una interferencia como expropiación depende del examen de si la restricción ligada con la interferencia para el inversor es desproporcionada al fin perseguido con la medida estatal.

El recurso a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos plantea la pregunta fundamental de si, y en qué medida, las sentencias de esta Corte pueden tener efecto normativo en proceso de arbitraje de inversión. Será difícil negar que la jurisprudencia de la Corte tiene el carácter de *autoridad persuasiva* en un pleito ante un tribunal de arbitraje en tanto se respeten las distinciones estructurales entre ambos regímenes.²⁹ Más difícil de responder es la pregunta de si en un pleito de arbitraje de inversión puede ser obligatorio respetar estándares de derechos humanos y sus concreciones por la jurisprudencia de las Cortes regionales. En este contexto, la doctrina ha señalado que los tribunales internacionales deberían actuar como tribunales constitucionales para tratar de equilibrar la protección de la propiedad con el interés del Estado en regular su economía.³⁰

Sin entrar en la polémica de si los tribunales de arbitraje en el ámbito de inversiones son capaces de asumir una tarea tal o no, es posible citar otra corriente de la doctrina. Según esta, los tribunales de arbitraje tienen que respetar el derecho humano a la propiedad según la convención de Viena sobre contratos.³¹ Siendo la propiedad un derecho entre los demás, entra la aplicación del principio de proporcionalidad para distinguir entre una expropiación compensable de una regulación legítima y no compensable. El principio se verifica en tres etapas:

- Las actividades del poder público deben estar en condiciones de alcanzar el objetivo legítimo. Por lo tanto, primero se debe comprobar si con la actividad en particular el objetivo es alcanzable para todos.

²⁷ *Methanex Corporation v. United States of America (NAFTA)*, laudo arbitral 3.8.2005 (Final Award), ILM 44 (2005), p. 1343.

²⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. United Mexican States (Spain/Mexico BIT)*, ICSID Reports, vol. 10, p. 134. Rensmann, o. cit., p. 49.

²⁹ Rensmann, o. cit., p. 50.

³⁰ Ximena Fuentes, en CEPAL/GTZ: *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatoria y contractuales*, Santiago de Chile: CEPAL/GTZ, 2010, p. 40, haciendo énfasis en la doctrina de Dolzer.

³¹ Rensmann, o. cit., p. 51, recurriendo al art. 31 lit. c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Contratos (1969).

- La actividad del poder público será necesaria, es decir, no puede ser alcanzada por otros medios alternativos, lo que podría ser menos perjudicial para la persona.
- La actividad del poder público debe ser proporcional, es decir, el beneficio para la sociedad tendría que ser más grande que las pérdidas para los derechos e intereses del particular.

Aunque esta propuesta es una entre otras, cabe destacarla por sus nexos fuertes con la teoría del derecho transnacional elaborado en los años cincuenta del siglo pasado.³² Hoy por hoy es más acertado buscar por principios unificadores para superar la fragmentación y por ende la pluralidad de sistemas normativos tanto al nivel internacional como nacional.

2.3. *Hacia un Estado de derecho transnacional*

El desarrollo descrito muestra que crecientemente el derecho internacional y el derecho nacional de los Estados cumplen funciones complementarias o supletorias entre sí, lo cual justifica buscar principios generales transversales. La protección de las libertades, el otorgamiento de igualdad ante la ley y el aseguramiento de la paz social ya no pueden ser garantizados o comprendidos solo como resultado del accionar de los sistemas jurídicos nacionales. Menos aún, cuando en muchos casos parte sustantiva de estos derechos no ha sido materializada en el propio ámbito nacional.

Los requerimientos de coherencia aparecen tanto en el nivel global como en las formas específicas en que lo nacional se ajusta a lo global, para permitir la adaptación y responder a sus desafíos.

- En el nivel global existe una *conflictividad de normas* y una ambigüedad de muchas de ellas. Estas no son superadas o solucionadas por las decisiones de instancias competentes a nivel internacional, entre otras causas debido a la heterogeneidad de las interpretaciones.
- En el nivel nacional, se plantea el dilema de cómo los Estados responden de manera concordante con su Constitución, los requerimientos y desafíos de las normas e instancias internacionales, de tal manera de cumplir con los compromisos asumidos internacionalmente, aprovechar los derechos derivados de ellos y mantener o establecer la coherencia del derecho interno.

Las características de este proceso cuestionan la eficacia del conjunto de normas de derecho globalizado. Se plantea entonces la interrogante de cómo transmitir al ámbito internacional conceptos tales como claridad, jerarquía y validez universal de las normas, necesarios para la plena vigencia de los principios elaborados dentro del Estado de derecho nacional, incluidas la eficacia y eficiencia del sistema de justicia, de una manera que tenga validez en todo el derecho globalizado.

³² Felix Hanschmann, «Theorie transnationaler Rechtsprozesse», en: Buckel, Christensen, Fischer-Lescano (co-ord.): *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart: 2006, pp. 347-369.

En este contexto, Delmas-Marty, quien describe el desarrollo como *pluralismo desde arriba*, formula la tesis del Estado de derecho transnacional.³³ Para ella, este concepto es a la vez lo que vincula y mueve la construcción de una universalidad jurídica o un orden legal universal, superando por tal razón el pluralismo jurídico.

Las características de la construcción un Estado de derecho transnacional pueden describirse en un primer acercamiento en la búsqueda de lo común vinculante en lo universal. Esto obliga al Estado nacional a fundamentar una relativización de lo que inculca a todos. Lo común vinculante reside en la dignidad humana y su expresión en dos principios fundamentales: la igualdad y la libertad. Para garantizarlos se deben buscar las posibilidades como se pueden extender las garantías elaboradas para contrarrestar actuaciones arbitrales del Estado en contra de estos principios fundamentales a otros actores.

Un desafío que genera esta teoría es la revisión de la institucionalidad existente para proteger los principios fundamentales contra actuaciones fraudulentas. El concepto de la institucionalidad se refiere en este contexto tanto a las instituciones del derecho como al Poder Judicial:

- En cuanto al desenvolvimiento del derecho, se necesita aplicar una política legal que parta del entendimiento de que el derecho es un bien público común que necesita sus propias políticas generales de calidad normativa para su desarrollo. Para tal efecto, es necesario no solo alcanzar un apoyo gubernamental transversal y de alto nivel, sino que se necesita, además, el uso de determinadas herramientas (evaluación de impacto, simplificación, etc.). Esto significa, por un lado, indagar la necesidad de legislar, lo que implica la obligatoriedad de identificar y definir el problema público que requiere la intervención normativa, así como determinar los objetivos perseguidos por la nueva regulación. Por el otro lado, es importante velar por la coherencia del ordenamiento jurídico, lo que supone que la norma ha de ser coherente no solamente en sí misma, sino que debe, además, cumplir con la coherencia vertical (derecho internacional y Constitución) como con la coherencia horizontal (integración en la normatividad del mismo rango). Esto requiere un profundo cambio cultural en materia de formulación de políticas públicas y de legislación en las administraciones públicas.
- Para la formulación de políticas judiciales se debe tomar en cuenta que existen cada vez más mecanismos institucionales responsables de la aplicación e interpretación del derecho internacional. En una primera lectura, estos mecanismos podrían considerarse como una manera de eludir a las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en realidad tienen vínculos estrechos con ellas porque aun los asuntos más internacionales tienen inevitablemente una dimensión local (por ejemplo, en la ejecución de sentencias o laudos). La principal consecuencia de ello es que entonces sus funciones ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional, sino que tienen una responsabilidad

³³ Mireille Delmas-Marty: *Global Law. A Triple Challenge*, Nueva York: Transnational Publishers, 2003, pp. 74 ss.

directa en la construcción de un orden jurídico mundial o global. Por ello, las políticas tienen que abrir el Poder Judicial aún más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.

3. Globalización del derecho y Estado de derecho en América Latina

3.1. *Un acercamiento al fenómeno*

Por lo general se puede constatar que no existe una discusión viva alrededor del fenómeno de la globalización del derecho. Por un lado es sorprendente, porque el sistema interamericano de derechos humanos está ganando fuerza y la interlocución con Europa se mantiene. Por otro lado, no se puede negar que el derecho internacional público no se encuentra en el centro de discusión académica (menos política) de los Estados Unidos, por lo cual, ni el seguimiento al desarrollo del derecho internacional y regional por la OEA, hasta ahora, tiene mucho peso ni siquiera se encuentra en discusión dentro de los Estados latinoamericanos.

En Colombia, durante dos años, a través del proyecto FortaEsDer, se ha promocionado el estudio de la globalización del derecho. Para ello se constituyeron cuatro grupos de estudios en sendas entidades académicas y una ONG, responsables de las siguientes áreas: derecho constitucional,³⁴ económico,³⁵ administrativo³⁶ y acceso a la justicia.³⁷ Los resultados muestran con mayor o menor profundidad que el fenómeno de la globalización del derecho está presente en el país de manera importante en la legislación, la jurisprudencia y las resoluciones administrativas del Estado. Se han podido descubrir áreas fundamentales del derecho colombiano que siguen las pautas de los desarrollos jurídicos globales, determinando su similitud con aquellos de otros países.

Todos los estudios muestran que los desarrollos globales marcan pautas para el desarrollo jurídico interno. Las controversias globales también tienen sus reflejos internos, tanto en conflictividades normativas y colisión de derechos como en el seguimiento de las soluciones jurídicas conforme a diferentes visiones de justicia implícitas en las diferentes *familias* u órdenes jurídicos que predominan en el mundo occidental. Los estudios contienen, por tanto, una serie de *hallazgos* normativos e institucionales, referidos a la incidencia de la globalización del derecho sobre el derecho colombiano, identificándolos por primera vez como tales.

³⁴ Universidad de Los Andes: *Informe final sobre la transnacionalización de conceptos constitucionales*, dic. 2010.

³⁵ Universidad Santo Tomás (Urbina, Acosta, Durán, Palomares): *Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias globalizantes*, Bogotá: 2011; Universidad Santo Tomás (Urbina, Acosta, Durán, Palomares): *Informe final sobre globalización del derecho de los contratos*, ago. 2011.

³⁶ Restrepo, Escobar, Rincón, Rodríguez: *Globalización del derecho administrativo*, Bogotá: 2010; Universidad del Rosario (Restrepo, Escobar, Rincón): *Informe final sobre globalización, Estado regulador y eficacia de los derechos*, ago. 2011.

³⁷ ILSA, diversos informes sobre el acceso a la justicia en el contexto globalizado (SIDH, OMC, CIADI), disponibles en: <http://ilsa.org.co:81/node/370>.

Las transformaciones del derecho privado, por ejemplo, parecen indicar una preocupación por corregir las distorsiones sociales creadas por el desequilibrio de poder entre diversos agentes económicos. Conforme al Estado social de derecho establecido en la Constitución, atribuyen al Estado y sus tribunales una gran responsabilidad. Esta responsabilidad es recogida, según el estudio del equipo de investigadores de la Universidad Santo Tomás, por las resoluciones de la Corte Constitucional. Pero no está claro si el Estado cumple con esta nueva responsabilidad en sus resoluciones judiciales concretas. Si se reconoce la función *correctiva* de la justicia estatal frente a un derecho fundamentalmente impulsado por entidades y agentes privados, ello debería quedar plasmado no solo normativamente, sino en las decisiones concretas de los tribunales y precisamente en el acceso de los *débiles* a ella.

Además, debería haber una preocupación por la suplantación de los tribunales estatales por instancias arbitrales privadas. La afirmación del supuesto efecto correctivo del sistema de justicia estatal resulta poco convincente cuando los *remedios* o soluciones de conflicto son determinados no por ellos, sino por instancias privadas totalmente fuera de su alcance normativo, para qué decir administrativo. Si hay soluciones, entonces es porque el sistema global, con sus normas e instituciones así lo decide, pero no porque el sistema nacional de justicia las imponga, por mucho que normativamente puedan compartir los criterios fundamentales de derecho. Aquí se presenta no solo un problema de soberanía, que podría ser el menor. Además, existe una ineficacia de la justicia estatal nacional que, por mucho que se lo proponga, no puede hacer valer ningún principio de justicia ni tampoco corregir ninguna *injusticia* implícita en supuestas «principalísticas» contractuales, porque a la hora de las definiciones simplemente no está presente.

Algo similar ocurre con el derecho administrativo. Los estudios del equipo de investigadores de la Universidad del Rosario demuestran la fuerte influencia de los procesos de globalización del derecho administrativo, en sus diferentes expresiones como derecho de las organizaciones internacionales, y también como parte del derecho administrativo promovido por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en el contexto de la *gobernanza* mundial y específicamente colombiana. Aquí la tesis central se orienta en la adopción en Colombia del *sistema regulatorio*, en sustitución de la prestación de servicios directamente por el Estado. Ello como consecuencia de los procesos de privatización y adaptación a la competencia internacional entre Estados por atraer hacia sus territorios las inversiones extranjeras. El estudio contiene una descripción detallada de la adaptación nacional en lo normativo y su aplicación por los tribunales. En un segundo paso se deben indicar algunas líneas de reflexión sobre qué significan en concreto estas transformaciones para la justicia en el país.

Lo mismo sucede respecto a los trabajos de ILSA y de la Universidad de Los Andes. En resumen, hasta ahora no se ha logrado poner en discusión cuál es la relevancia de lo detectado para el desarrollo de la justicia en Colombia. Esto demuestra que, por un lado, será necesario establecer la medida en que el material elaborado efectivamente cumple con describir acertadamente las tendencias centrales del proceso de globalización. Por el otro, es necesario poner en discusión si a partir de este material efectivamente se pueden elaborar conclusiones relevantes respecto a los desafíos que enfrenta Colombia a partir de la globalización del derecho.

Hasta donde es posible observar, las transformaciones inducidas en la economía y la sociedad en su conjunto, a través de los procesos generales de globalización, van mucho más rápido que las adaptaciones de la justicia a estos. Los estudios lo

indican puntualmente. Pero son, hasta ahora, indicios. Por lo cual se necesita una discusión sobre los fenómenos de la globalización en la sociedad política colombiana. Incluso conceptualmente, la academia debe iniciar un trabajo identificando las formas como el derecho nacional se va modificando a raíz de las tendencias globales, y a qué tipo de tensiones normativas e institucionales se somete así al sistema nacional de justicia, si acaso. Es decir que las preocupaciones explícitas que se pueden observar hasta ahora puntualmente, requieren ser profundizadas.

Muchas preguntas quedan sin contestar, por el momento. Además, estamos lejos de responder a la tesis de la fragmentación del derecho nacional a consecuencia de los procesos de globalización del derecho. Mucho menos se puede responder si tal fragmentación, si existe, representa un avance para la protección de los derechos de los ciudadanos conforme al Estado de derecho, o si no lo representa. ¿Qué distorsiones jurídicas se están produciendo en el derecho y la justicia de Colombia debidas a ella? En consecuencia, estamos lejos todavía de poder elaborar propuestas para intervenir o no en los procesos de globalización. En esta perspectiva, tampoco es posible todavía responder a los desafíos que encerraría considerar las repercusiones regionales de la globalización del derecho.

En síntesis, los resultados de los trabajos realizados hasta ahora son muy reveladores en cuanto a demostrar que Colombia y su sistema de derecho y justicia están bajo la influencia de la globalización del derecho. La tesis central del proyecto ha sido confirmada con muchos elementos. Lo que sigue es una discusión sobre las consecuencias y desafíos de este proceso.

3.2. Unas reflexiones sobre los desafíos

Uno de los desafíos más grandes es el (r)establecimiento de la seguridad jurídica bajo los nuevos conceptos. En términos generales, esto supone la certeza que tienen los sujetos de derecho de que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente. En este sentido, la seguridad jurídica no es sino la traducción práctica de la eficacia de las normas como reguladoras de conductas. Desde esta perspectiva, la relación entre globalización y seguridad jurídica aparece como un punto de articulación complejo, pues si la globalización del derecho implica la creación de espacios jurídicos horizontales, resulta obvio que aquella puede verse menoscabada en la medida que las condiciones de aplicación de las normas *globalizadas* escapan a los mecanismos que el Estado moderno ha puesto en marcha tradicionalmente para asegurar su cumplimiento.

Esto requiere, en primer lugar, un proceso de discusión con sectores amplios del Estado y de la sociedad civil respecto tanto de las conclusiones analíticas como de las propositivas sobre lo que significa la globalización del derecho para el ordenamiento legal nacional. Esto no debería realizarse en abstracto, sino sobre la base de casos concretos.

En segundo lugar, los poderes judiciales tienen que coadyuvar a la generación de seguridad jurídica en un doble plano. En primer término, en el plano externo, pueden construir los mecanismos de certeza jurídica global al inscribirse como partes de un sistema que puede operar de manera articulada al compartir una visión fundamentada en los valores que inspiran la democracia, el Estado de derecho y la economía de mercado. Desde el punto de vista interno, la seguridad jurídica que generan permite anclar las operaciones globales de los actores económicos sobre bases de justicia y reciprocidad.

Para tal efecto, la labor de las judicaturas en la construcción de previsibilidad debe abordarse tanto desde un punto de vista técnico como desde un punto de vista institucional. En el primer caso, es necesario analizar la manera en que se construyen los criterios jurisdiccionales que producen las reglas que serán consideradas válidas dentro del orden jurídico. En el segundo caso, interesa conocer la forma en que las judicaturas operan para la construcción de dichas reglas. Es decir, las condiciones efectivas imperantes para la producción de normas a cargo de los tribunales.

Adicionalmente, la eficacia del cumplimiento de los fallos emitidos por los tribunales como el respeto por las leyes también impacta directamente sobre la forma en la que se realizan las transacciones en sociedad. En este caso, cuando se tiene certeza sobre el posible sentido de una resolución jurisdiccional, pero no se tiene seguridad de que esta será ejecutada, la posición del actor se torna bastante precaria. Nuevamente es necesario ponderar la conveniencia de invertir recursos para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Esto muestra que el comportamiento de las instituciones que definen los alcances de los derechos y monopolizan el empleo de la coacción para hacerlos efectivos puede tener importantes repercusiones sobre la forma en que se construyen las relaciones en la sociedad. En ese sentido, es necesario aplicar herramientas que apoyen la medición, tanto antes como después, del impacto que tienen los comportamientos institucionales en la sociedad.

4. En lugar de conclusiones

Como hemos argumentado, la aplicación a nivel global de una normatividad jurídica compatible con una visión de desarrollo sustentable, basado en valores fundamentales de la dignidad humana, aparece como un supuesto no realizado todavía. Surge entonces la necesidad de promover un desarrollo más armónico y equilibrado del sistema del derecho en su conjunto. El desafío, en cuanto a los Estados, parecería consistir en participar activamente en el fortalecimiento de las capacidades nacionales para entender los procesos globales y convertirlos en una parte armónica de su propio derecho interno. Ello implica, en particular, crear un espacio de reflexión sobre este proceso, que oriente a cada uno de los poderes y e instituciones afectadas en la identificación de sus posibilidades y las formas más adecuadas para asumir sus propias responsabilidades. A partir de allí será posible mejorar las capacidades individuales de integración en los procesos de globalización del derecho. A nivel internacional, se requeriría la creación de un foro para analizar las conflictividades de normas y sus consecuencias, formular propuestas para su superación y contribuir a los debates de reformas institucionales en curso.

Bibliografía

- BOREA ODRIA, Alberto: *Derecho y Estado de derecho*. Lima: Gráfica Monterrico, 1999.
- CARBONELL, Miguel, et al.: *La globalización y el orden jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CARBONELL, Miguel, WISTANO OROZCO, Rodolfo VÁZQUEZ (coords.): *Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, 2002.
- CASSESE, Sabino: *La globalización jurídica*. Barcelona: INAP, Marcial Pons, 2006.
- CEPAL/GTZ: *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatoria y contractuales*. Santiago de Chile: CEPAL/GTZ, 2010.
- DELMAS-MARTY, Mireille: *Global Law. A Triple Challenge*. Nueva York: Transnational Publishers, 2003.
- GIZ: *La transformación de la juridicidad en los Estados latinoamericanos: Efectos del pluralismo jurídico «desde arriba» y «desde abajo» sobre el Estado de derecho*. Bogotá: 2010.
- LÓPEZ, Diego: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, 2004.
- MARTÍN-LÓPEZ, Miguel: «Comentarios sobre la colisión de normas y principios del mismo nivel jerárquico en el derecho internacional», en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, enero-junio 2011, pp. 213-226.
- OKUWAKI, Nayoa: «Globalisierung, Verrechtlichung und Völkerrecht. Kann das Völkerrecht die Globalisierung überleben?», en: Junichi MURAKAMI, Hans-Peter MARUTSCHKE, Karl RIESENHUBER (eds.): *Globalisierung und Recht*. Berlín: Walter de Gruyter, 2007, pp. 201-208.
- RENSMANN, Thilo: «Völkerrechtlicher Enteignungsschutz», en: D. EHLERS, H. WOLFFGANG, U. J. SCHRÖDER (eds.): *Rechtsfragen internationaler Investitionen*. Fráncfort del Meno: Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 25-54.
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana: *The Pillars of Global Law*. Hampshire: Ashgate, 2008.

Transformaciones en el (del) espacio de soberanía

Henrik López*

1. Introducción

Este documento** parte de la tesis de que la globalización del derecho constitucional supone, entre muchas facetas, una seria afectación al modelo westfaliano de soberanía. El análisis no pretende destruir el modelo, sino mostrar tendencias, que van a la par de otras dinámicas sociales, hacia su superación.

Como punto de partida, podemos partir de una *idea operativa de soberanía*, a partir de dos ámbitos. En el interno, como la capacidad de autorregulación y auto-determinación de un Estado, sustentado en la obediencia legítima de los pobladores frente a la autoridad y, en el externo, como la no intervención de ningún actor en los asuntos de un Estado, el reconocimiento de los demás Estados como soberanos y un escenario de igualdad entre los Estados.

Esta perspectiva, que se deriva de la paz de Westfalia, ha sido objeto de múltiples críticas, al punto de que se reconoce que la mayoría de los elementos se han desconocido. Así, algunos afirman que «mientras que el grado en el que los principios

*Abogado y magíster en Ciencia Política (Universidad de los Andes, Colombia). Profesor y director del Área de Derecho Público de la Universidad de los Andes, Colombia. Se ha desempeñado como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Es autor de varios libros, artículos y ponencias en temas de derecho constitucional.

**Este documento se elaboró como parte de una investigación hecha por el proyecto FortalEsDer/GIZ.

westfalianos se han incumplido en la práctica real ha variado según las regiones geográficas y a lo largo del tiempo, la soberanía legal internacional ha recibido un apoyo mucho mayor».¹

Este apoyo, además del componente político que encierra, proviene de la cultura jurídica. Aquella que se erigió sobre la base de una distinción férrea entre el derecho nacional y el internacional, donde los problemas de territorialidad de la ley se resolvían por vía negativa: la ley únicamente tiene efectos dentro del territorio soberano. De hecho, el derecho internacional se debate todavía sobre dicho esquema, como lo constata la permanente discusión sobre las competencias de los órganos internacionales, en particular, la Corte Internacional de Justicia de la Haya o como se constata con las normas de competencia de la Corte Penal Internacional.

No obstante, desde una perspectiva menos formal, se observan cambios. Cambios que se derivan de fenómenos distintos y complejos. De necesidades y tendencias diversas, que responden a cambios tecnológicos, a la posibilidad de acercar a las personas, etcétera. En fin, las diversas formas de globalización y de regionalización generan fuertes tensiones sobre el principio de soberanía, pues reclaman y usurpan espacios antes vedados o, por lo menos, así se defendían. El punto no es del todo novedoso, pues existe una importante literatura al respecto, que plantea distintos escenarios de afectación de la soberanía, tanto directamente vinculados con la globalización como con *otros* escenarios de pluralismo jurídico.

Interesa, en estas condiciones, partir de una *idea operativa de globalización jurídica*. El derecho de la globalización no es un régimen jurídico específico, en el sentido de construcciones sistemáticas, a la manera de la codificación, sino más bien un esquema de capas dinámicas, que se traslapan las unas a las otras en un movimiento continuo y, quizás, caótico. Esto nos permite coincidir con Cassese cuando señala que «el ordenamiento jurídico global no tiene una autoridad superior dotada de soberanía [...] se añade ahora que su organización no posee un centro, un elemento central»² y que «se legitima mediante el derecho, no por el consenso obtenido sobre un pueblo»,³ de manera que es posible la creación de un *espacio jurídico* donde ocurre el «fin de los territorios» y que facilita la «movilidad entre regímenes jurídicos diferentes».⁴

En lo que sigue, se hará una aproximación a la problemática que surge ante el concepto de soberanía en perspectiva westfaliana. Este escrito se estructura a partir de una descripción del fenómeno de *desoberanización* que se advierte como base para la globalización del derecho constitucional, para culminar en algunas conclusiones.

¹ Stephen Krasner: *Soberanía: hipocresía organizada*. Barcelona: Paidós, 2002, capítulo 7 «Estructuras constitucionales y nuevos Estados a partir de 1945», p. 307.

² Sabino Cassese: *La globalización jurídica*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 19.

³ *Ibíd.*, p. 28.

⁴ *Ibíd.*, p. 29.

2. Desoberanización

Desde el plano jurídico, el concepto de soberanía ha resultado central para un sinnúmero de problemáticas propias de la ciencia jurídica. En primer lugar, ha permitido que se defina una noción operativa de Estado que, aunque parte de la filosofía política, permite clausurar territorios y pueblos, bajo un mando/poder/autoridad unificados. En este punto, la noción de soberanía opera en dos sentidos. De una parte, permite la diferenciación entre los distintos Estados —propósito central del modelo westfaliano—, de suerte que pudiese organizarse el derecho, la política y la economía internacional, bajo la idea de que lo que ocurra dentro de los Estados es asunto interno —que garantiza la paz entre naciones— y que lo que suceda entre Estados se formaliza jurídicamente. Por otro lado, opera en sentido interno, bajo la idea de autodeterminación de los pueblos, que tiene una expresión externa (ser un Estado autónomo) y una interna, consistente en la definición de las condiciones propias de operación (en lo político, en lo económico, en lo jurídico, etc.).⁵

En segundo lugar, ha facilitado la solución del problema de fuentes del derecho. Si bien el debate jurídico ha girado con gran fuerza en torno al tema de la validez,⁶ el recurso a la soberanía enfrenta la dificultad relativa a la legitimidad del orden jurídico:⁷ una vez establecido un principio de soberanía, es posible derivar de él el orden jurídico y otorgar validez a las decisiones de producción normativa, que se realicen conforme a dicho orden jurídico.⁸

En el plano del derecho constitucional, el concepto y principio de soberanía juega un papel fundamental, pues no solo define la legitimidad del modelo constitucional, sino que facilita o da pie para la existencia de la propia Constitución. Sea que se afirme la noción de soberanía popular o aquella de la nacional,⁹ el punto de partida para legitimar la adopción de una Constitución es el vínculo que se establece entre

⁵ Estos elementos recogen lo que se entiende ortodoxamente por soberanía. Hoy se incluyen elementos adicionales, particularmente referidos a las responsabilidades *inherentes* a los Estados: «Para ser legítima, la autoridad soberana debe ser reconocida a nivel doméstico e internacional, imponiendo responsabilidades para el Estado: democracia, derechos humanos, preeminencia del derecho, gobierno efectivo y economía de libre mercado», Dominik Zaum: *The Sovereignty Paradox*, Nueva York: Oxford University Press, 2007, capítulo 1 «Sovereignty in international society», p. 30.

⁶ Es ya un clásico el debate entre Hans Kelsen y Alf Ross en torno a este punto. El planteamiento de Ross, contenido en el texto *El concepto de validez y otros ensayos* (México, Fontamara, 1997), avanza hacia una visión más compleja del concepto, que no se basa exclusivamente en la estructura normativa del sistema jurídico. Tesis que, con todo, sigue imperando.

⁷ El que lo enfrente no significa que lo solucione. La apelación kelseniana a la norma superior es expresión de ello, así como el debate contemporáneo en torno a qué hacer con la moral en el derecho, el cual se puede rastrear en los textos de J. Raz, N. MacCormik, R. Alexy, A. Marmor, entre otros teóricos del derecho.

⁸ De alguna manera, desde una perspectiva evolutiva y sistémica, podría afirmarse que el recurso político de la soberanía abre puertas para la diferenciación y clausura del sistema jurídico, que finalmente podrá producir derecho a partir/conforme al derecho. Es decir, de manera autopoietica. Sobre dicha evolución Niklas Luhmann: *El derecho de la sociedad*, México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

⁹ Sobre estas modalidades de concebir la soberanía y su impacto en el constitucionalismo, véase M. Fioravanti: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid: Trotta, 1996.

la Constitución y el soberano:¹⁰ hoy, por norma general, el pueblo.¹¹ Este vínculo legitima la producción normativa a partir de la estructura institucional que la propia Constitución define.¹²

Así, tenemos un marco constitucional *construido a partir de* una noción compleja de soberanía, de suerte que es posible aventurar la tesis de que acaece una *desoberanización* en los eventos en que operan fenómenos que subvierten el principio de autodeterminación (libertad) que inspira la noción y que *explican el actual* andamiaje funcional de los Estados y las sociedades a las que pertenecen.¹³ Tal *subversión*¹⁴ puede ocurrir desde el interior (caso de las dictaduras), a través del interior (al desconocer el principio de autodeterminación) o desde el exterior (negación del derecho internacional).

Teniendo este panorama como horizonte, es posible adentrarnos en las consideraciones contenidas en las investigaciones principales, que dan luces¹⁵ sobre este fenómeno subversivo a partir de la globalización.

¹⁰ Congleton señala que «*Modern constitutional language formally defines the states as an organization to which its citizens have delegated authority to make various collective decisions. These political organizations are often described in considerable detail by the same constitutional documents. The stated purpose of these modern documents implies that the proper method of judging the success of a particular political organization is by its ability to advance the broad interest of "the people," that is to say, those of the nation's citizenry*». R. Congleton: *Improving democracy through constitutional reform: son Swedish lessons*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 97. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha destacado este vínculo de manera frecuente. En sentencia C-644 de 2004 sostuvo que: «21. En el mundo contemporáneo, el poder interno y autónomo de ordenación de los Estados generalmente se funda en el *principio de soberanía popular* (CP, art. 9.º), que le permite al pueblo en ejercicio del poder constituyente originario dictar una Constitución, mediante la cual organiza un modelo de Estado alrededor de la adopción de una forma de organización, de un sistema de gobierno y de un régimen político. Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, dicho poder constituyente originario no se encuentra sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados». Y advirtió que: «A partir de lo expuesto, es claro que el pueblo en virtud de su poder soberano, es quien debe escoger el *régimen político* de su predilección, con el propósito de organizar el funcionamiento del Estado y adoptar un sistema normativo que vincule obligatoriamente a los servidores públicos y a los particulares. De suerte que, conforme al principio de soberanía popular, pilar fundamental de la democracia, incumbe solamente al pueblo adoptar la Constitución o sustituirla, a partir del ejercicio de su poder constituyente, como manifestación jurídica del contrato, convenio o pacto social que le otorga legitimidad a un determinado Estado. Precisamente, al delinear la distinción entre poder de reforma y poder constituyente originario, la Corte en Sentencia C-551 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), sostuvo la imposibilidad del Congreso para modificar el régimen político adoptado por el pueblo en la Constitución de 1991.»

¹¹ Paradigmáticas son la Constitución de Estados Unidos y la Constitución de Weimar. La pregunta por la soberanía popular y la relación con la Constitución es un tema recurrente. El libro de P. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The theory and practice of Weimar Constitutionalism* (Duke University Press, 1997), es una expresión de tal duda.

¹² En sentencia C-474 de 2003 la Corte Constitucional de Colombia señaló que: «Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad.»

¹³ Aquí, mientras avanza la idea, se admite que Estado y sociedad son componentes distintos. Empero, el análisis que sigue, parte de considerar al Estado como una estructura social, de suerte que tal distinción no es posible, en tanto que no existe Estado sin sociedad y, mucho menos por fuera, al lado, detrás o al frente de esta. Toda comunicación ocurre en la sociedad y la estructura Estado es el resultado de un proceso de comunicación. Al respecto se siguen lineamientos de la obra de Niklas Luhmann: véanse *La sociedad de la sociedad*, México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2007; *El derecho de la sociedad*, o. cit., entre otras.

¹⁴ Se ha optado por el término *subversión*, pues no se trata necesariamente de un fenómeno totalmente destructivo, sino complejo. Esto permite afectaciones parciales a la soberanía, con alcances distintos, ya sea radical (por ejemplo, el caso de la revolución islámica en Irán) o parcial (los procesos de independencia). Además, se utiliza el término para indicar la ruptura que puede entrañar con la ortodoxia.

¹⁵ De manera que necesariamente nos enfrentamos a penumbras, algunas impenetrables.

Según se señaló antes, se parte de la globalización del derecho, lo que fuerza a admitir que no se trata de un asunto exclusivamente económico, sino que afecta profundamente el derecho, aunque no necesariamente a través de los canales más visibles. Es preciso, en todo caso, advertir no se trata del fenómeno de incorporación al derecho nacional de modelos jurídicos foráneos.¹⁶ En este punto, avanzamos siguiendo a Zamboni, quien trata de la problemática de conceptos y categorías jurídicas globales.¹⁷

Uno de los aspectos que destaca Zamboni en el proceso de producción del derecho global, es la distinción entre el fenómeno de uso global de categorías jurídicas¹⁸ y el de la asunción global de valores que están en la base de esas categorías jurídicas que comparten.¹⁹ Este último proceso, lejos de ser tranquilo y pacífico, donde *se genera* una cultura jurídica global, es producto de diversas tensiones y procesos históricos que pueden afectar la soberanía. En este sentido, se advierte, nuevamente con distintos niveles, una reducción del espacio de autodefinición de las comunidades, de suerte que la estandarización se impone como medio para lograr el avance de los intereses globales.

Quizás esto aparezca como una descripción natural o ingenua del funcionamiento de la sociedad, pues es factible describir dicho fenómeno a partir de esquemas, como el concepto de superestructura, que parten de forzar la ideología dominante, a fin de que se legitimen formas de trato o de explotación. Con todo, es posible una visión más compleja del fenómeno.

No solo se trata de un vil adoctrinamiento,²⁰ sino de la definición del código exclusión-inclusión, que algunos consideran será el metacódigo del siglo XXI,²¹ de suerte que únicamente quienes comparten tales valores podrán ser (o serán merecedores de) partícipes del futuro global (del mercado global, de viajes globales, de alimentación global, etc.). Desde el punto de vista de la promoción del Estado de derecho, los debates actuales sobre el concepto de Estados fallidos,²² parten de una definición mínima de Estado de derecho, que sigue la línea antes indicada —modelo liberal europeo y el producto de la revolución estadounidense—. Así, aquellos Esta-

¹⁶ Este es el caso de los *transplantes jurídicos*, entendidos como «el préstamo por parte de un sistema jurídico de instituciones, reglas o doctrinas propias de otro sistema jurídico». Jorge González: *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 42. Con particular interés, cabe citar en este material a Diego López: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

¹⁷ Zamboni, o. cit.

¹⁸ «A tendency by which the same legal categories and concepts are received in many national and international legal orders», ibidem, p. 131.

¹⁹ «The phenomenon according to which various national and international communities similarly share values underlying these global these global legal categories and concepts». ibidem.

²⁰ Del cual la colonización española y portuguesa de América son excelentes ejemplos.

²¹ «The worst imaginable scenario might be that the society of the next century [XXI] will have to accept the metacode of inclusion/exclusion. And this would mean that some human beings will be persons and other only individuals; that some are included into function systems for (successful or unsuccessful) careers and others are excluded from these systems, remaining bodies that try to survive the next day». N. Luhmann: «Globalization or World Society?: how to conceive of modern society», en *International Review of Sociology*, vol. 7, n.º 1, marzo 1997.

²² Sobre el particular, puede consultarse el trabajo de Patricia Moncada: «Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso», Estudio preliminar, en Robert Rotberg et al.: *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2007, pp. 21-150.

dos que más se acerquen al ideal de Estado de derecho son menos fallidos (o dejan de serlo), lo que garantiza *reputación* y *garantía de supervivencia* dentro de los cánones del modelo westfaliano. Como lo pone de presente Rojas,

De una manera u otra, todos los Estados, grandes y pequeños, más fuertes o más débiles están profundamente afectados por la globalización. Los Estados fallidos ponen pues de presente la ficción del sistema westfaliano, y más aún la obsolescencia de la pretensión de reconstituirlo o de reformarlo como fundamento de un orden global. El sistema interestatal solo de manera temporal ha correspondido con el ideal westfaliano, la soberanía y su principio de no intervención aparecen más bien como una «hipocresía organizada». El espectro que va de los protoestados coloniales a los cuasiestados poscoloniales, pasando por los Estados débiles y llegando a los Estados fallidos y los Estados colapsados muestra hasta qué punto las desviaciones a la regla son mayores que su confirmación.

Hoy por hoy, la exigencia de una soberanía plena es un requisito que ningún Estado, ni siquiera la superpotencia, puede seguir reclamando. El completo control territorial de los flujos que circulan a través de él, el monopolio sin fisuras de la violencia, todas estas son condiciones que ningún Estado está hoy en condiciones de cumplir, y más allá de que sean exigibles, la pregunta es también si es deseable que fuese así dadas las características de un mundo abierto, de una sociedad en red, de una economía que abarca el planeta.

El carácter estructural de la falla estatal en el sistema internacional contemporáneo se refleja en las tentativas de respuesta al problema y sus limitaciones. La necesidad de actuar frente a los Estados fallidos como respuesta a la amenaza que representan no solo para el orden internacional sino para la seguridad nacional de los países centrales cambia el sentido de la intervención y plantea desafíos mayores para la seguridad internacional. De esta manera, los Estados fallidos ponen de presente a qué punto la conformación de una economía global implica también una tremenda interdependencia en las dimensiones securitarias. Así, la relevancia internacional ya no concierne solo a la posesión de recursos de poder (militares, políticos y económicos), tal y como se había asumido en la lógica westfaliana, sino que la debilidad, la fragilidad, se convierten en bazas pertinentes en el juego político mundial dada su potencialidad para desestabilizar el sistema internacional y generar anarquía. Esto sin duda representa un cambio sustancial en el sentido del poder internacional.²³

La estrategia globalizante no es menos extrema a la hora de las propuestas de acción contra el lavado de activos. El riesgo, aplicando una *perspectiva de riesgo*, es la inclusión en la lista de países no cooperantes, de que se advierta sobre el peligro

²³ Diana Marcela Rojas: «State Failure And Globalization», *anal. polit.* [en línea]. vol. 20, n.º 61, dic. 2007, pp. 73-85. Disponible en: http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000300005&lng=en&nrm=iso, [12.8.2010], ISSN 0121-4705 (se han omitido las referencias contenidas en el original).

de entablar negocios con empresas de dichos países o el ver que sus operaciones son registradas y supervisadas minuciosamente y, sobre todo, el hecho de perder la reputación,²⁴ sin la cual no es posible operar en un mundo donde el sistema económico se basa en la especulación²⁵ y en la cual la confianza (ausencia de riesgo), es determinante. Baste considerar el impacto que sobre un Estado y su población tiene la calificación de riesgo.²⁶

A partir de lo anterior es posible identificar un fenómeno impositivo o autoritario en la mecánica de la globalización, que demanda de las sociedades nacionales, al margen de sus propias decisiones, un acomodo conforme a los estándares internacionales. No necesariamente se está en presencia de un modelo dialogal, basado en la equidad o igualdad de partes. De alguna manera, la globalización mantiene estructuras de corte arriba-abajo, que tienden a negar la posibilidad de que se alcance un consenso valorativo.

El trabajo de Natalia Ángel *La participación del juez constitucional colombiano en los llamados «diálogos judiciales transnacionales»*, es ilustrativo de este fenómeno.²⁷ El estudio parte de la idea, promovida por algunos analistas estadounidenses y europeos, según la cual se ha presentado un fenómeno de diálogo global entre los jueces, lo que permitiría que ocurriera un «intercambio de la producción jurídica interna y de diferentes experiencias en materia de derecho constitucional». A pesar de que tales diálogos puedan ocurrir en el plano del norte global, no significa que alcance al sur global. De hecho, «los países del norte global siguen siendo percibidos en la región como emisores de conocimiento», lo que indica la *unidireccionalidad* del proceso.

No obstante, se advierte que existen espacios para dicho diálogo, en particular en aquellos temas en los que el norte global carece de experiencia significativa. Así, se constata que los magistrados de la Corte Constitucional son invitados a exponer y explicar los desarrollos que dicha Corte ha tenido en materia de protección judicial de los derechos económicos y sociales. Si bien resulta imposible establecer el impacto de tales diálogos en la formación del derecho global, es claro que la ocurrencia

²⁴ «Being identified by the FATF as an NCCT and the application of Recommendation 21 by the FATF were viewed by countries as harmful to their reputations and needed to be addressed». FATF/GAFI Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2005-2006. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/0/0/37029619.pdf>.

²⁵ Luhmann: *Globalization*, o. cit.

²⁶ Ilustrativo es el caso de la deuda de Grecia y el impacto que ha tenido en los mercados financieros globales: «Esta semana los mercados financieros se vieron sorprendidos por la reducción de la calificación crediticia de la deuda soberana de algunos países. En concreto, Fitch Ratings bajó la calificación de la deuda de Grecia desde A- hasta BBB+, al tiempo que Standard & Poor's mantuvo la nota en A- pero le bajó la perspectiva de estable a negativa, lo cual suele anticipar una rebaja en la nota. Ayer Standard & Poor's también bajó la perspectiva de la deuda española para negativa, aunque mantuvo la nota en AA+. Tras esas noticias, los mercados financieros en Grecia y en España registraron un deterioro importante, que tuvo algunos impactos en el resto del mundo. En particular, el martes las acciones bajaron en San Pablo y el dólar subió en Brasil. Por eso nos pareció que valía la pena dedicar nuestro espacio de análisis económico de hoy a este tema. ¿Qué está sucediendo en Grecia? ¿Estamos ante el comienzo de nuevas turbulencias?, ¿puede haber un contagio de estas situaciones en nuestra región? En seguida, dialogamos con la economista Florencia Carriquiry, de la consultora Deloitte.» Fuente: «Rebajaron calificación de riesgo de Grecia y se teme por un *default*: ¿un caso aislado o el comienzo de más problemas?». Disponible en: http://www.espectador.com/1v4_contenido.php?id=169126&sts=1.

²⁷ El estudio es parte de la investigación realizada por el equipo de investigadores de la Universidad Los Andes dentro del proyecto FortalEsDer/GIZ.

del diálogo, sea en el plano del norte global (donde es limitado) o en el del sur global (donde aparece nutrido), permite una suerte de construcción de valores comunes y, muy probablemente, conduzca al uso común de categorías y conceptos jurídicos.

Si bien, desde el punto de vista tradicional (positivismo), el derecho se limita a las normas creadas o producidas por el legislador y las autoridades administrativas, en el campo constitucional es absolutamente claro que el juez constitucional juega un rol central. Las distintas Cortes y Tribunales Constitucionales son claramente vistos como patrocinadores de un fuerte activismo judicial,²⁸ lo que fuerza considerar cómo los diálogos —sean amplios o restringidos— son un mecanismo de producción global del derecho.

Gunter Teubner ha lanzado la tesis de que «la globalización produce un conjunto de problemas intrínsecos del derecho, relacionados con el cambio en los procesos dominantes de creación de normas».²⁹ Tales cambios se basan en el hecho de que, de manera periférica (pero también central), el proceso de producción normativa propio de la globalización, se libera de las ataduras del Estado nacional. Este fenómeno lo expresa el autor señalando:

Tradicionalmente, mientras la creación espontánea de normas (usos, normas sociales) se daba sobre todo en la sociedad —en la periferia del sistema legal—, el proceso de creación organizado ocurría en el centro mismo del derecho. Esto configuró una estricta separación conceptual e institucionalizada entre normatividad y validez... [78] Hoy, por el contrario, se puede observar una inversión de la relación entre lo espontáneo y lo organizado en el proceso de globalización. Dado que no existe un órgano político global que soporte políticamente la institucionalización de una esfera organizada de decisión jurídica, se fragmenta el proceso legal genuino de creación de normas, que tiene lugar espontánea, descoordinada e incontroladamente en los espacios abiertos de un Mundo Feliz [80].³⁰

Entre tales mecanismos de producción no ortodoxos³¹ se cuenta aquella generación de derecho a partir del resultado de tales diálogos. Los encuentros, sean personales o institucionales, dialogales o expositores, entre magistrados o entre Cortes, no conducen al transplante jurídico sin más, sino al uso compartido de categorías

²⁸ Las referencias al activismo judicial de los tribunales constitucionales es interminable. En el ámbito hispano, ha tenido un notable impacto del libro de Zagrebelsy: *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia* (Trotta, 1995), que expresamente señala este fenómeno como particular del modelo constitucional imperante en la actualidad. Este punto no es de poca monta pues, en el ámbito de la teoría jurídica, implica centrar la atención en el proceso de definición de lo jurídico en aquello que Hart denominaba la perspectiva interna y que permite, por ejemplo, a algunos positivistas ubicarse como positivistas débiles (*soft positivism*) y considerar algunos valores como parámetro de lo jurídico. Para la lengua castellana, las revistas *Doxa e Isonomía* ofrecen un amplio panorama sobre la discusión. Disponibles en el portal virtual de Doxa: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>>.

²⁹ G. Teubner: «Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?», en *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Nuevo Pensamiento Jurídico, 2010, p. 69.

³⁰ *Ibidem*, pp. 78 y 80.

³¹ *Neoespontáneos*, en la terminología de Teubner.

jurídicas³² o de valores jurídicos. Los encuentros permiten que se expongan o den a conocer novedosas maneras de solucionar conflictos,³³ tal como parece acontecer frente a los problemas que enfrenta la justicia europea ante violaciones de derechos humanos en la antigua cortina de hierro y que encuentran en la jurisprudencia interamericana soluciones aplicables.

Ahora bien, es posible aducir que ello no conduce a la producción normativa, en tanto que de tales encuentros no surgen reglas propiamente dichas. Si bien ello es cierto, es claro que las soluciones y las tendencias serán semilla para futuras decisiones judiciales que, en el plano de los derechos humanos y el derecho constitucional, sin lugar se convertirán en reglas.

El fenómeno analizado por Natalia Ángel está enmarcado dentro del funcionamiento de órganos institucionalizados, lo que no niega el hecho de la producción normativa, sino que facilita que se lea como un proceso que ocurre dentro de los tradicionales cánones de la ciencia jurídica. Con todo, si se considera el proceso o el fenómeno —con todas las limitaciones que tiene— en conjunto con los procesos que se dan desde el modelo de lavado de activos y la aproximación jurisprudencial a dicha regulación, es factible advertir una tendencia significativa. La producción normativa neoespontánea fluye sin trabas a través del control constitucional, legitimándose su producción, lo que, al realizarse diálogos de derecho comparado, llevarán a que se compartan las soluciones. Estas, paradójicamente para el Tribunal Constitucional, no necesariamente pasan por el tamiz del legislador interno, sino que se filtra a través de las redes conceptuales relativamente autónomas del constitucionalismo. En suma, nuevamente, el proceso de producción normativa se escapa del control institucional del modelo del Estado nacional, para surgir en pasillos, corredores y auditorios de distintas latitudes. No se pretende, empero, asumir esta idea de manera fuerte, pues el resultado de investigación sugiere que el impacto no es el esperado, ni el indicado por otras fuentes académicas; se trata de una tendencia o, a lo más, de una oportunidad.

Por otra parte, resulta ilustrativo el hecho de que para América Latina dicho diálogo resulte más regional que global. Se ha asumido que la globalización es una tendencia absoluta, que ocurre a escala mundial. No obstante, el que los diálogos tengan un referente e impacto limitado pone de presente que, a la par del diálogo del norte global, operan otros que aparecen invisibles para dicho diálogo. Esto indica la existencia de consensos parciales que no alcanzan la escala global y que permiten que se mantengan condiciones nacionales autónomas. El estudio de Ricardo Posada, *Migración, globalización y derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia*,³⁴ nos muestra esta cara de la globalización.

El estudio muestra la cara amarga de la globalización, a partir del reforzamiento del principio de soberanía nacional, en clave del control poblacional,³⁵ que impide

³² Como ocurre con el principio de proporcionalidad.

³³ Por ejemplo, el coloquio entre jueces de las Cortes de derechos humanos de Europa, América y África, realizado en Berlín en agosto de 2009. Fuente: <<http://www.humanrights.dk/news/african,+european+and+inter-american+human+rights+courts+meet+for+first+time>>.

³⁴ El estudio es parte de la investigación realizado por el equipo de investigadores de la Universidad de Los Andes dentro del proyecto FortaEsDer/GIZ.

³⁵ Véase *supra* consideraciones sobre soberanía como principio de construcción del Estado y su definición a partir del control poblacional y territorial.

o limita los efectos globalizantes del discurso de los derechos humanos: «No es desafortunado afirmar, entonces, que nuestro medio hace uso de un verdadero control de “protección migratoria” antiglobalizante, como expresión indudable de la defensa social en desarrollo de la soberanía nacional».

Este fenómeno *antiglobalizante* aparece como elemento perturbador de la idea de una globalización del derecho, en tanto que se asienta sobre un *consenso global* en torno a la autonomía de las naciones —soberanía— sobre el manejo de la cuestión migratoria. Parece que la globalización únicamente alcanza a tocar los contornos de la persona humana, sus derechos básicos, así como el flujo de bienes, servicios y capital. El ser biológico sigue atado al territorio y sobre él se despliegan singulares formas y maneras de control. El Estado, como creación moderna, aún se resiste a abandonar la *cárcel del hombre*, mientras que globalmente se forman *cárceles del alma*.

Con el estudio, entonces, se hace presente que la globalización no es un fenómeno radical, sino que en ocasiones se superpone al orden interno y en otras convive con este. En una extraña fatalidad, la tendencia *antiglobalizante* parece apropiarse de algunos de los medios por los cuales resulta posible la introducción al orden interno de la producción global de normas. Así, al igual que ocurre en materia de lavado de activos, la discrecionalidad administrativa (y la consiguiente pérdida de fuerza del principio de legalidad estricta) es la puerta para que operen los mecanismos retardantes de la efectividad de los derechos humanos y la consiguiente reducción de sus efectos globales:

Una mirada retrospectiva a la legislación constitucional colombiana demuestra que nuestro orden jurídico cumple, en principio, con los estándares internacionales en materia de protección de inmigrantes, según se ha solicitado en la Convención sobre protección de migrantes y los documentos de las Naciones Unidas sobre la materia. A pesar de ello, la regulación administrativa aparece como una construcción teórica diseñada para blindar la discrecionalidad del Ejecutivo en la práctica de medidas proteccionistas como la deportación o la expulsión del extranjero del territorio nacional, con lo que se observa una clara restricción de oportunidades de defensa y contradicción en el ámbito nuclear de las decisiones discrecionales migratorias, al punto que el extranjero puede llegar a encontrarse en una compleja situación de indefensión en ciertos eventos en los que no existe siquiera un procedimiento de impugnación sumarial contra las decisiones migratorias del Estado.

Dicha discrecionalidad de la administración está en la base del modelo de lavado de activos, en tanto que la UIAF colombiana, al igual que aquellas de otras latitudes, y las normas reglamentarias, no solo incorporan automáticamente los estándares internacionales en esta materia, sino además que abren espacios para que el Estado vigile y se inmiscuya en la vida privada de los asociados.

En uno y otro caso, sea por vía del reforzamiento de la soberanía nacional o con su debilitamiento, es claro que los derechos fundamentales-derechos humanos sufren dentro por las dinámicas de los procesos de producción normativa. Es altamente probable que el ojo deba desviarse hacia la generalización (consenso global) de una mayor autonomía y libertad del Ejecutivo frente a otros poderes. Con ello, en lugar de forjar un sistema jurídico afincado en la supremacía legislativa y el respeto por la soberanía interna, se apoya un modelo de concentración del poder que si bien

se ejerce desde el derecho —siguen existiendo actos administrativos, amparados en leyes—, este poder define el derecho mismo. De esta manera, no solo se debilita el concepto tradicional de Estado de derecho, sino que, negándola, se reafirman las tendencias de la *noción popular mayoritaria del Estado de derecho*.

Esta ampliación de las competencias discrecionales del Ejecutivo (de la administración), son uno de los mecanismos de introducción en los Estados nacionales de la producción normativa global. A diferencia de la producción normativa institucionalizada —derecho internacional—, que pasa por los cauces parlamentarios, la producción global no se apoya en mecanismos institucionales, sino en acciones espontáneas, como organizaciones privadas —Grupo Wolfsberg— y asociaciones estatales —la GAFI—, que buscan diversos medios para lograr la positivización de sus estándares normativos. Así, junto al derecho estatal, el derecho privado —las reglas de los bancos siguiendo las recomendaciones de la banca global, de los *reguladores capturados* o de la GAFI— se sitúa como un marco de referencia obligado que el Estado, en lugar de enfrentar (debido a su intrínseca ilegitimidad, en clave de Estado nacional), apoya, fomenta y refuerza.

En este sentido, no es posible más mantener la idea de un monopolio estatal de la producción normativa y, en la dirección señalada por Teubner, es forzoso reconocer una diversificación de las fuentes normativas.

Esta diversificación de fuentes, por otra parte, no se ha acompañado de una transformación conceptual del derecho constitucional que permita al juez constitucional readueñarse del control³⁶ y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y humanos. La ausencia total de control constitucional —sea por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado— frente a las medidas migratorias nacionales o la sospechosa laxitud con que se ha ejercido dicho control en materia de lucha contra el lavado de activos, hace presente que mientras el derecho constitucional no logre una redefinición que le permita trabajar con el derecho global, este será ruido y no podrá ser registrado por el programa metodológico del sistema del derecho.³⁷ Simple y llanamente, operará una *desconstitucionalización* de este ámbito jurídico y la absoluta desprotección de la persona humana, salvo los *afortunados* que habitan en las zonas incluidas en la sociedad global.

Podemos señalar, en suma, que se está frente a un momento de incertidumbre evolutiva, donde la clausura operacional del sistema del derecho parece hacer agua, pues todavía no ha logrado instrumentos conceptuales que le permitan nuevas maneras de acople con los sistemas globales. El derecho, en este sentido, aunque abraza el principio de soberanía y busca en él refugio, parece sufrir las consecuencias de su franco, pero impreciso, debilitamiento.

³⁶ O, quizás, dicho empoderamiento únicamente ocurre cuando otros poderes han encontrado vías nuevas para producir derecho, al margen del control institucional.

³⁷ Sobre este programa, Luhman: El derecho de la sociedad, o. cit.

3. Conclusiones básicas

A continuación se presentan algunas conclusiones derivadas del análisis que antecede. Ellas son y serán provisionales, pues se está frente a un proceso complejo que aún no culmina.

3.1. ¿Cómo se gesta el desarrollo normativo global? (Estructuras normativas)

La idea misma de un *desarrollo normativo* nos coloca en un escenario que no necesariamente corresponde al de la globalización jurídica. La idea operativa expuesta nos permite plantear la existencia de regímenes jurídicos distintos, a la manera de capas. Esas capas tienen densidades distintas. Algunas, de clara raigambre normativa, serán densas, como puede ocurrir con algunos aspectos normativos globales, y otras serán «ligeras», aunque con una enorme pesadez, como se evidencia con los acuerdos privados en el sector financiero.

Ahora bien, la ausencia de un centro definido de producción normativa obliga a escenarios de cooperación, a fin de que los distintos elementos de las diversas capas puedan armonizarse. Esto vincula la globalización del derecho con la idea de que se trata de «la circulación de modelos legales (por ejemplo categorías y conceptos jurídicos) de una manera que muchas partes de sistemas jurídicos diferentes tienden a ser homogéneos».³⁸ A fin de que ello sea posible, no es más viable el uso de la fuerza (baste ver las dificultades para legitimar la presencia de Estados Unidos en Irak), sino que se ha de apelar a aquello que se entiende como *softpower*.

En este orden de ideas, el derecho global se genera (este proceso de tendencias hacia la homogeneidad) a partir de distintos fenómenos,³⁹ como la adecuación de la normatividad a parámetros y estándares, que se adoptan sea por necesidad de insertarse en el mercado global (por ejemplo, para hacer negocios con un grupo principal de bancos), para mostrarse como parte del primer mundo o por necesidades locales (Colombia, sus esfuerzos contra el lavado de activos y el problema del tráfico de estupefacientes), o por la participación en los procesos de definición de estos.

Sobre el punto resulta interesante observar que en las últimas se hace sobre la base de *consensos*⁴⁰ (frente a problemas similares, soluciones similares), que no necesariamente descansan sobre los mismos principios o en principios que permitan la construcción de un sistema coherente. Así, el estudio sobre migración muestra que existe un *consenso* en torno a que los temas migratorios permiten el reforzamiento de las categorías westfalianas (soberanía) en función de la protección de determinados intereses o de un sector poblacional. En última instancia, lo local

³⁸ Traducción libre de: «*as the circulation of legal models (ie legal categories and concepts) in a way that many parts of different legal systems tend to be homogeneous*». M. Zamboni: «Globalization and law-making: time to shift a legal theory's paradigm», en *Legisprudence*, vol. 1, n.º 1, p. 127.

³⁹ Podría plantearse en términos de evolución, siempre y cuando no se entienda en términos darwinianos, sino de transformación en función de las circunstancias.

⁴⁰ Aquí consenso no se entiende en el sentido contractualista de «todos hemos acordado», sino el fenómeno social de aceptar y asumir como válido y dado un significado determinado o una interpretación determinada de algo.

termina por determinar lo global. Este consenso, como se puede advertir, no se apoya en criterios garantistas, por ejemplo, que guiarían un escenario por excelencia globalizado: los derechos humanos.

Para ahondar en esta materia es necesario, como lo sugiere Zamoni, adentrarse en el tema de producción normativa. El subproyecto sobre los diálogos globales apunta, precisamente, a identificar (o desmitificar su existencia) esos actores en la globalización del derecho constitucional.

Esto, por otra parte, obliga a considerar nuevos actores y sujetos o, si se quiere en clave sistémica, el reacomodamiento de los sistemas ante la realidad de la sociedad global.

3.2. ¿Quién impulsa y participa en el desarrollo normativo global? Nuevos sujetos

La descentración del derecho global también implica el aumento de los actores jurídicos. Es decir, aquellos que tienen capacidad o la potencialidad de generar cambios en la estructura jurídica. En principio, la globalización del derecho constitucional ocurre a partir de centros hegemónicos, que pueden coincidir con centros académicos (i. e. Yale y Harvard), organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, ONU), organismos intergubernamentales (FATF), actores privados (asociaciones bancarias, bancos poderosos), organismos estatales y paraestatales (USAID) y organizaciones no gubernamentales de gran envergadura (CEJIL).

En otras palabras, el derecho global no necesariamente se produce en el Estado, generándose una fuerte reducción de la fuerza y los espacios de decisión soberana. Ahora, esto no significa que lo nacional y lo local no tengan inherencia. El Estado es necesario para lograr la cooperación y mantener, si se quiere, la institucionalidad.

De esta manera no se resta al Estado, sino que a su capacidad productiva se suman otros actores con iguales potestades o potencialidades. Este punto merece mayores análisis y consideraciones, dado que lleva a debatir el concepto de lo jurídico y de los sujetos del derecho (o los destinatarios del sistema).

3.3. Redefinición de lo jurídico. Cambios en la teoría general clásica

El fenómeno de la globalización del derecho y del derecho constitucional en particular, con la introducción y extracción de debates, la construcción de nuevos sujetos de derecho y su muerte, obliga a reflexiones sobre el derecho.

De una parte, exige tomar distancia frente a las posturas modernas y westfalianas que centran el proceso de producción normativa en la actividad del Estado, pues existen otros centros de producción del derecho. Pero, así mismo es necesario una aproximación, quizás a partir de posturas pluralistas, diferente respecto de lo que se entiende por derecho y lo jurídico.

En particular, los estudios muestran la necesidad de reconocer el rol de actores privados en la producción normativa, más allá de los esquemas contractualistas. Así, la investigación sobre el lavado de activos presenta a las entidades financieras con capacidad para incidir en la producción de derecho, al margen de las relaciones contractuales con sus clientes. Lo propio ocurre en los escenarios académicos, donde es posible incidir de manera muy directa en la manera en que un sujeto se aproxima al derecho en otro lugar.

De otro lado, genera tensiones sobre estructuras conceptuales que se creían sólidas. Así, los estudios sobre migración y sobre el principio de soberanía (democracia hegemónica y contrahegemónica), ponen de presente que valores caros al Estado liberal, como el de separación de poderes o protección de los derechos constitucionales, pueden no ser centrales para el funcionamiento del modelo. Antes bien, la insistencia en ellos puede resultar completamente autoritaria.

3.4. Riesgos autoritarios y debate sobre la soberanía

Advertir que la globalización del derecho constitucional impulsa valores y los impone, contra aquellos que definen a una sociedad, puede resultar profundamente autoritario y negar el elemento básico de autodeterminación.

Sobre este punto, se advierte la necesidad de ahondar en análisis sobre escenarios, o, mejor, espacios de globalización, a fin de poder hacer juicios comparados.

Dentro de esta dinámica surge un elemento adicional, que es la construcción y destrucción de sujetos. La investigación sobre migraciones pone de relieve el carácter estratégico de los derechos fundamentales y las garantías básicas. La evidencia del carácter no coherente del modelo (en el sentido de que pareciera que ni siquiera hay pretensión de coherencia) permite espacios de sometimiento y negación a grupos, que desaparecen como sujetos jurídicos. ¿Qué es un migrante? ¿Tiene derechos? ¿Quién los define?

Bibliografía

- CALDWELL, P.: *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The theory and practice of Weimar Constitutionalism*. Duke: Duke University Press, 1997.
- CASSESE, Sabino: *La globalización jurídica*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 19.
- CONGLETON, R.: *Improving democracy through constitutional reform: son Swedish lessons*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003.
- FIORAVANTI, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2003.
- FITF/GAFI: *Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2005-2006*. Disponible en: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/0/0/37029619.pdf>>.
- GONZÁLEZ, Jorge: *Entre la ley y la Constitución*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- KRASNER, Stephen: *Soberanía: hipocresía organizada*. Barcelona: Paidós, 2002, capítulo 7 «Estructuras constitucionales y nuevos Estados a partir de 1945», p. 307.
- LACEY, Kathleen y Barbara CRUTCHFIELD: «Crackdown on Money Laundering: A comparative analysis of the feasibility and effectiveness of domestic and multilateral policy reforms», en: *HeinOnline. Northwestern Journal of International Law and Bussiness*, vol. 23, 2002-2003, pp. 262-351.
- LÓPEZ, D.: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- LUHMANN, N.: «Globalization or World Society?: how to conceive of modern society», en *International Review of Sociology*, marzo 1997, vol. 7, n.º 1.
- El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
- MOCANDA ROA, P.: «Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso», estudio preliminar, en ROTBERG, R. et al.: *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2007, pp. 21-150.
- ROJAS, Diana Marcela: *State Failure And Globalization*. anal. polit. [online], vol. 20, n.º 61, dic. 2007, pp. 73-85. Disponible en: <http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So121-47052007000300005&lng=en&nrm=iso> [12.8.2010], ISSN 0121-4705.
- ROSS, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontamara, 1997.
- TEUBNER, G.: «Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?», en: *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 69.
- ZAMBONI, Mauro: «Globalization and law-making: time to shift a legal theory's paradigm», en: *Legisprudence*, vol. 1, n.º 1, p. 127.
- ZAUM, Dominik: *The Sovereignty Paradox*. Nueva York: Oxford University Press, 2007, capítulo 1 «Sovereignty in international society».

Sentencias consultadas

Sentencia C-474 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-644 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo*

1. Introducción

El presente texto reseña cómo se ha dado el reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena en los tres ciclos de reformas constitucionales del *horizonte del constitucionalismo pluralista* en Latinoamérica, desde los años ochenta del siglo xx hasta la actualidad. Dicho reconocimiento comprende las autoridades, el derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas, en el marco del reconocimiento de pueblos con igual dignidad y derechos, que no están sujetos a tutela colonial. La constitucionalización del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena pone en cuestión el monismo jurídico, esto es, la identidad Estado-derecho, y la monoculturalidad estatal, esto es, la identidad Estado-nación, ambos heredados del siglo xix.

El primer ciclo del constitucionalismo pluralista se da con la emergencia del multiculturalismo en los ochenta del siglo xx, pero sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico. El segundo ciclo de este horizonte, durante los noventa, se da luego de la adopción del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (1989), en el cual se reconoce el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico. El tercer ciclo del cons-

*Abogada peruana con doctorado en Derecho y máster en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona), diploma de Estudios en Antropología (Pontificia Universidad Católica del Perú), especialización en Derecho Consuetudinario Indígena (Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad San Carlos de Guatemala) y estudios en *Federal Indian Law* (University of Oklahoma). Miembro fundadora del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, IIDS / International Institute on Law and Society, IILS.

titucionalismo pluralista se da luego de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Las constituyentes de dos Estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), asumen que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman un *Estado plurinacional*. En el marco de un proyecto descolonizador, reconocen la jurisdicción indígena y aspiran a un pluralismo jurídico igualitario. Este nuevo modelo supone retos enormes de adecuación normativa interna, implementación institucional y cambio en la cultura jurídica, que se mueve aún entre el monismo jurídico decimonónico y la pesada herencia colonial.

2. Antecedentes históricos

El horizonte del constitucionalismo pluralista supuso una ruptura paradigmática respecto del horizonte del constitucionalismo liberal monista del siglo XIX y del horizonte del constitucionalismo social integracionista del siglo XX, llegando a cuestionar el mismo hecho colonial.¹

2.1. El hecho colonial

El *hecho colonial* colocó a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros, su mano de obra fue explotada, y su destino mismo como pueblos alienado de sus manos. La ideología de la *inferioridad natural de los indios* y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron estabilizar a lo largo del tiempo el modelo de subordinación indígena. La independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de esta subordinación. Los nuevos Estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes Constituciones liberales pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena.

2.2. El monismo jurídico del siglo XIX

Los Estados liberales del siglo XIX se configuraron bajo el principio del monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo sistema jurídico dentro de un Estado, y una ley general para todos los ciudadanos. El pluralismo jurídico, como forma de coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, aun en su forma colonial subordinada, no fue admisible bajo la ideología del Estado nación. Estado nación monocultural, el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron las vértebras del *horizonte del constitucionalismo liberal* del siglo XIX en Latinoamérica. Un consti-

¹ Para un mayor desarrollo, véanse: Raquel Yrigoyen Fajardo: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. 1.ª ed., Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999; ídem: «Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos», en: Milka Castro: *Los desafíos de la interculturalidad*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2004, pp. 191-228; ídem: «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino», en: Mikel Berraondo: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567.

tucionalismo importado por las élites criollas para configurar Estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, afrodescendientes, mujeres y mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.

En el siglo XIX, el proyecto criollo de sujeción indígena del *horizonte del constitucionalismo liberal* se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los *indios* en *ciudadanos* intitulado de derechos individuales, mediante la disolución de los *pueblos de indios*, tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena, para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar indígenas todavía no colonizados, a quienes las Constituciones llamaron *salvajes*, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva a las naciones indias con quienes las Coronas habían firmado tratados, y a quienes las Constituciones llamaban *bárbaros*, para anexar sus territorios al Estado.

Como resultado de las políticas de parcelación de tierras colectivas y despojo territorial del siglo XIX, los indígenas no se convirtieron en prósperos propietarios como propugnaban Bolívar y los liberales, sino que se expandieron las haciendas y la servidumbre indígena. Mientras tanto, nuevas formas de invasión de sus territorios, así como de tutela estatal y eclesial se impusieron sobre las naciones indígenas que no habían sido conquistadas en la era colonial.

2.3. El constitucionalismo social integracionista del siglo XX

El *horizonte del constitucionalismo social*, inaugurado por la Constitución de México de 1917, permitió cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del siglo XIX mediante el reconocimiento de sujetos colectivos, derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía. Ello, a su vez, posibilitó el reconocimiento de comunidades indígenas y derechos colectivos a la tierra, así como de otras especificidades culturales, dentro del marco de un indigenismo integracionista. El objetivo del *constitucionalismo social integracionista* era integrar a los indígenas al Estado y al mercado, pero sin romper la identidad Estado-nación ni el monismo jurídico. Tampoco cuestionó la potestad del Estado de definir el modelo de desarrollo indígena dentro de un marco tutelar. Monoculturalidad, monismo jurídico y modelo tutelar indígena recién son puestos en cuestión por los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, desde finales del siglo XX a la fecha.

2.4. El constitucionalismo pluralista de finales del siglo XX

Los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, esto es: a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, elementos centrales de la configuración y definición de los Estados republicanos latinoamericanos dibujados en el siglo XIX, y herencia de la tutela colonial indígena, planteando un proyecto descolonizador de largo aliento.

Las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que les dan impulso. Sin embargo, las reformas constitucionales también son el escenario en el que se expresa la resistencia que viene de antiguos y nuevos colonialismos. Los contextos complejos en los que se gestan las reformas llenan de tensiones así como de contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, exigiendo una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver tales tensiones en favor de la realización de los objetivos y principios del proyecto

constitucional pluralista. Tal ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, se trata de un ejercicio que ahora también es compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional.

3. Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista

3.1. *El ciclo del constitucionalismo multiculturalista (1982-1988)*

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el *horizonte del constitucionalismo pluralista* se desarrolló durante los años ochenta del siglo xx (1982-1988) y está marcado por la emergencia del multiculturalismo y nuevas demandas indígenas. En este ciclo, las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de sociedad, el derecho —individual y colectivo— a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución del Canadá (1982) abre la trocha con un pionero reconocimiento de su herencia multicultural (*multicultural heritage*) y la incorporación de derechos aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). Dos Constituciones centroamericanas, la de Guatemala de 1985 y la de Nicaragua de 1987, se inscriben en este horizonte, buscando reconciliar a sus sociedades y dar respuesta a demandas indígenas en el contexto de procesos bélicos.

La Constitución de Guatemala reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y «el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural», así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La Constitución de Nicaragua reconoce también la «naturaleza multiétnica» del pueblo, así como derechos culturales, lingüísticos y territoriales a las comunidades étnicas del Atlántico, para que se organicen según «sus tradiciones históricas y culturales», llegando a desarrollar un régimen de autonomías. La Constitución del Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, ya recoge algunos planteamientos que se debaten en la revisión del convenio 107 de la OIT, por lo que dicha Constitución está en el umbral del segundo ciclo.

En este ciclo, sin embargo, las Constituciones no llegan a hacer un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico. En algunos países que tampoco tenían reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, sin embargo, había normas secundarias o políticas, ya sea por vieja herencia colonial o por fisuras intrasistémicas alentadas por el convenio 107 de la OIT, que reconocían la justicia indígena pero reducida a la resolución de conflictos menores entre indígenas, con competencias no mayores a las de la justicia de paz, como contemplaba la Ley de Comunidades Nativas de 1978 en el Perú.

3.2. *El ciclo del constitucionalismo pluricultural (1989-2005)*

El segundo ciclo de reformas, el *constitucionalismo pluricultural*, fue desarrollado durante los noventa (1989-2005). En este ciclo, las Constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además el concepto de *nación multiétnica / multicultural* y *Estado pluricultural*, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado.

El pluralismo y la diversidad cultural se convierten en principios constitucionales y permiten fundar derechos indígenas así como de afrodescendientes y otros colectivos. Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Tales derechos incluyen la oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros.

La novedad más importante de este ciclo es que las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que solo es *derecho* el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (el Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las Constituciones de este ciclo reconocen autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en cuestión la visión clásica de soberanía, y el monopolio que las Constituciones asignaban a los *poderes u órganos soberanos* del Estado para la producción del derecho y la violencia legítima. Las Constituciones pluralizan las fuentes de producción legal del derecho y de la violencia legítima, pues las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización del orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado como por las autoridades de los pueblos indígenas, bajo techo y control constitucional. Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones y no siempre son introducidas de modo orgánico y sistemático. Este modelo se expande en Meso y Sudamérica (Colombia 1991, México 1992, Paraguay 1992, Perú 1993, Bolivia 1994, Argentina 1994, Ecuador 1996 y 1998, y Venezuela 1999).

La adopción del multiculturalismo y los derechos indígenas en los noventa se dio paralelamente a otras reformas en sede constitucional destinadas a facilitar la implementación de políticas neoliberales en el marco de la globalización. Ello incluyó la contracción del papel social del Estado y de los derechos sociales, la flexibilización de mercados y la apertura a las transnacionales, como en Bolivia y Perú. Así por ejemplo, la Constitución peruana de 1993, si bien reconoció por un lado el carácter pluricultural del Estado y el pluralismo jurídico, por otro, eliminó las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las Constituciones de 1920 y 1930. En la práctica, ello posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial, como no se había dado desde el siglo XIX. Es decir, la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las Constituciones, entre otros factores, tuvo como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados. Súmense a esto otros factores, como violencia interna, acciones de poderes materiales locales, narcotráfico, paramilitares, etcétera.

La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas en sede constitucional, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que entraron a formar parte del bloque de constitucionalidad generaron, de alguna manera, una inflación de derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales para hacerlos efectivos. Tales cambios constitucionales dejaron pendiente una tarea aún incompleta de revisión de todo el derecho constitucional, administrativo, civil, penal, etcétera, para poder dar cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos.

Los nuevos derechos conquistados y la distribución de potestades que antes eran privativas de los órganos del Estado a los indígenas, dan lugar a un sinnúmero de disputas legales y políticas, aún no resueltas. Así por ejemplo, el Poder Legislativo en varios países sigue reclamando atribución soberana para dar leyes sin estar condicionado o limitado por el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Hasta ahora, ni las leyes ni las Cortes han logrado aclarar extensión de este derecho. Lo mismo pasa con el tema de la jurisdicción indígena o conflictos en torno a la interpretación de los derechos humanos. Aquí hay grandes avances, pero también preguntas pendientes.

Sobre el pluralismo jurídico. El reconocimiento del pluralismo jurídico en este ciclo fue posible en un contexto en el que se dieron varios factores: una demanda indígena de reconocimiento del derecho propio, el desarrollo del derecho internacional sobre los derechos indígenas, la expansión del discurso del multiculturalismo y las reformas estructurales del Estado y la justicia.

La demanda indígena. En varios países, las organizaciones indígenas pasaron de demandar tierras a territorios, y ya no se contentaban con reclamar el derecho de acceder a la justicia (estatal), sino que reclamaban el ejercicio de potestades públicas en sus territorios. Por otro lado, la expansión de los Estados en el siglo xx dio lugar a una confrontación más evidente entre los aparatos estatales y las autoridades indígenas, por lo que se dieron casos de criminalización de indígenas y campesinos que administraban justicia en sus espacios territoriales (perseguidos como delito de *usurpación de autoridad o sedición*). De ahí que una importante demanda indígena y campesina era el reconocimiento de sus sistemas normativos, de autoridad y de justicia, tanto para frenar la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia, como para afirmar derechos territoriales.

El desarrollo del derecho internacional. El derecho al propio derecho consuetudinario y a los métodos de control de delitos de los pueblos indígenas es uno de los derechos consagrados en el convenio 169 de la OIT. Este convenio fue adoptado en 1989 y ratificado por varios países de la región en los noventa, paralelamente a las reformas constitucionales, dando fundamento legal internacional a la incorporación de derechos indígenas. El convenio 169 supera el marco integracionista del convenio 107, de 1957. El convenio 107 sancionaba que el derecho consuetudinario indígena no debía ser incompatible con los objetivos de los programas de integración que los Estados podían imponer a los pueblos indígenas. El convenio 169 supone una evolución del derecho internacional, buscando superar el asimilacionismo y el integracionismo forzado. El convenio 169 parte del reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos a controlar sus instituciones propias, por lo que reconoce el derecho de los pueblos a tener sus propias instituciones y derecho consuetudinario, incluyendo sus métodos de control de delitos. Solo limita el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a la no vulneración de los derechos humanos y fundamentales.

Convenio 169 de la OIT

[...] Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas [...] hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de *eliminar la orientación hacia la asimilación* de las normas anteriores;

[...] Reconociendo las *aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida* y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Artículo 8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9.1. En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los *métodos* a los que los pueblos interesados recurren *tradicionalmente* para la *represión de los delitos* cometidos por sus miembros.

El multiculturalismo. En la arena teórica se fue expandiendo el discurso del multiculturalismo, el cual permite afirmar el valor de la diversidad cultural y la necesidad de políticas públicas inclusivas que tengan en cuenta dicha diversidad. La diversidad cultural puede tener su fuente en la presencia de diversos conglomerados indígenas, preexistentes al Estado, así como poblaciones de reciente inmigración. Teóricos canadienses como Taylor o Kymlicka desarrollaron teorías que permiten plantear políticas de reconocimiento de la diversidad y derechos de diversos grupos culturales en el marco de una *ciudadanía multicultural*.² Estas teorías se exportaron a distintos países. El multiculturalismo favoreció el reconocimiento de derechos de grupo para los colectivos indígenas, incluyendo el derecho a su propio derecho y justicia, en tanto los indígenas eran concebidos como *grupos culturalmente diversos*. La diversidad cultural sirvió de fundamento, pero también de límite para el reconocimiento del derecho indígena. Por ejemplo, en el caso de Colombia, los magistrados establecieron el principio de «a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía».³ El derecho al propio derecho no se fundaba en la libre determinación del pueblo indígena, sino en una evaluación externa de diversidad cultural. Cuanto más *conservado* o diverso culturalmente era un pueblo para los magistrados, tal pueblo tenía derecho a gozar de mayor autonomía.

² Charles Taylor: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE, 1993; Will Kymlicka: *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1995; idem: *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.

³ T-254-94, de 30 de mayo de 1994, Corte Constitucional de Colombia (p. 16). En varias sentencias, la Corte Constitucional de Colombia se adscribe a una tesis multiculturalista externa, por la cual son los jueces de la Corte quienes determinan si un pueblo indígena se ha mantenido diferente culturalmente o no, y por ende es merecedor del respeto de su autonomía. En caso de no conservarse como diferente culturalmente, no sería merecedor del reconocimiento de su autonomía. Esta tesis recién es revisada en la sentencia de la tutela 903/09, del 4 de diciembre del 2009.

Las reformas de la justicia. Durante los noventa, tendencias globales impulsadas por programas de la banca mundial (el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo), así como por agencias de la cooperación internacional, promovieron políticas de reforma del Estado y la justicia que obligaban a una nueva mirada sobre el Poder Judicial y su capacidad para administrar justicia. En ese marco se incorporaron mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la justicia de paz y la justicia indígena. Grosso modo, estas políticas estaban destinadas a la modernización de los sistemas de justicia (diferenciación entre administración y jurisdicción, difusión del sistema acusatorio por sobre el inquisitivo, mayor transparencia en la gestión, garantías para el debido proceso, automatización de los procesos, etc.). El reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos incluía tanto el arbitraje internacional (para conflictos relacionados con corporaciones transnacionales) como mecanismos locales más flexibles, baratos y cercanos a los pobres, así como también culturalmente más asequibles a grupos diversos, pero sin menoscabo de los derechos individuales (especialmente de las mujeres). Estas reformas permitieron tanto una apertura ideológica como el financiamiento para impulsar programas de reconocimiento o fortalecimiento de la *justicia comunitaria*, pero concebida como una forma alternativa de resolución de conflictos locales para las comunidades indígenas pobres, y en tanto solo resolvieran conflictos menores.

En el contexto de estos múltiples factores, las Constituciones lograron superar el fantasma del monismo jurídico e incorporaron alguna fórmula de pluralismo jurídico interno buscando no afectar la integridad nacional, la seguridad jurídica y los valores de los derechos humanos. En este ciclo, todos los países andinos (excepto Chile) incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico interno en sus textos constitucionales: Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999. Además, otros Estados como Paraguay (1992) y México (2001) también introdujeron alguna forma de reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena.

El fundamento. Durante los noventa, las Constituciones andinas introdujeron en sus primeros artículos un reconocimiento de la existencia de diversas culturas, definieron a la nación o al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y garantizaron el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú) o la igualdad de las culturas (Colombia, Venezuela). Con este reconocimiento, las Constituciones quebraron el modelo de Estado nación monocultural diseñado en el siglo XIX. Igualmente, estas Cartas constitucionales contienen un listado de derechos de pueblos y comunidades indígenas (Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela) o de comunidades campesinas y nativas (Perú), con diverso grado de desarrollo.

Contenidos del reconocimiento. Específicamente, en cuanto al pluralismo jurídico interno, las Constituciones andinas mencionadas reconocen que las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas o campesinos pueden ejercer funciones jurisdiccionales o resolver conflictos de acuerdo con sus propias normas y procedimientos o derecho consuetudinario. Es decir, estas cartas reconocen a los colectivos indígenas y campesinos (comunidades y pueblos) las siguientes potestades:

- la potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias, legítimas, naturales);
- la potestad normativa para darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y
- la potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial), función judicial, solución alternativa de conflictos, instancias de justicia.

Cuadro 1. Reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena en los países andinos en los años noventa del siglo xx

Comparación	Colombia 1991	Perú 1993	Bolivia 1994	Ecuador 1998	Venezuela 1999
1. Fundamento: Pluriculturalidad de la nación o Estado.	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art. 2: Toda persona tiene derecho, Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. [...]	Art. 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. [...]
2. Reconocimiento del pluralismo jurídico y jurisdicción indígena a. Derecho consuetudinario, b. Jurisdicción indígena y c. Institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art.171: [...] Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	Art. 191: [...] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	Art. 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Con este reconocimiento, las Constituciones quiebran la identidad Estado-derecho que se impuso desde en el siglo XIX. El monismo jurídico es sustituido por un pluralismo jurídico interno, bajo techo constitucional. Ahora, el reconocimiento del pluralismo jurídico no es suficientemente orgánico ni consistente en todas las Cartas constitucionales. Y tampoco aparece sistemáticamente en todas las secciones que debería, sino solo en el capítulo sobre el Poder Judicial, en las secciones referidas a la función jurisdiccional (Colombia, Perú), o inorgánicamente en otras secciones (como en la referida a asuntos agrarios, en el caso de Bolivia).

En cuanto al ámbito de la competencia territorial, material y personal hay variantes en los textos. En la Constitución colombiana y en la peruana priman la competencia territorial, por lo que cabe interpretar que esta aplica para toda persona dentro del territorio indígena; mientras que la Constitución venezolana dice que las instancias de justicia solo alcanzan a los indígenas. En cuanto a la competencia material, solo la ecuatoriana y boliviana aluden a *asuntos internos*, mientras que las demás no restringen la materia a ciertos casos, como tampoco lo hace el convenio 169 de la OIT. Estas competencias han sido restringidas por vía legislativa (como la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas de Venezuela) y jurisprudencial (Colombia).

La excepcionalidad. En el caso de Colombia, con una población indígena minoritaria, la Constitución distingue entre *jurisdicción ordinaria*, que corresponde a la población en general, y *jurisdicción especial*, que corresponde a los pueblos indígenas, dando a entender que la primera es la general o común, mientras que la segunda es particular, en el sentido de excepcional. Cabe recordar la larga tradición de Colombia —como la de Venezuela— de contar con *legislación especial* y fuero diferenciado (eclesial) para los pueblos no colonizados de la Amazonía o la guajira, a los que llamaba *salvajes* o *no civilizados* en el siglo XIX. Esta legislación se extendió hasta finales del siglo XX, haciendo prácticamente un entronque con la nueva Constitución, en cuanto a la idea de un régimen de *excepcionalidad*. Como Colombia fue el primer país en reconocer la jurisdicción indígena llamándola *especial*, imprimió su huella en la dogmática constitucional pluralista, siendo seguido por Perú, no obstante que en este último la población indígena es mayor. Incluso Bolivia ha heredado esta nomenclatura, llamando *jurisdicción ordinaria* a la no indígena, en un país mayoritariamente indígena.

El límite del reconocimiento. El convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos y fundamentales (artículo 8.2). La Constitución peruana es la única que guarda consistencia con el convenio 169 al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (artículo 149), mientras que las demás Constituciones andinas son más restrictivas: limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir «la Constitución y las leyes». Y Venezuela va más allá al incluir el orden público. Estas limitaciones se volvieron fuente de disputa política y legal, porque estas aparecen inconsistentes con el principio del pluralismo, la protección de la diversidad cultural e incluso la igualdad de las culturas, que las mismas Cartas proclaman. En una progresiva sentencia, la Corte Constitucio-

nal de Colombia resolvió esta aparente contradicción constitucional diciendo claramente que la adopción del principio del pluralismo podría quedar vacía si la jurisdicción indígena tuviese que someterse a toda la Constitución y leyes. De ahí, la Corte estableció solo cuatro mínimos fundamentales, esto es, que las decisiones de la jurisdicción indígena no podían incluir pena de muerte, tortura, esclavitud, y que debían ser de algún modo predecibles, esto es, que debían respetar su propio debido proceso.⁴ Esta sentencia realmente sentó un precedente pluralista en Colombia y la región. Lamentablemente, sentencias posteriores de la Corte han ido más bien en una tendencia limitativa de la jurisdicción especial. De hecho, muchas de las limitaciones acaban semejando el patrón de pluralismo jurídico subordinado colonial, bajo el discurso de que la jurisdicción indígena solo se explica por la diversidad cultural: una justicia entre indios, circunscrita al territorio comunal, para casos menores, y sin tocar a blancos, así tales vulneren bienes jurídicos indígenas. Este terreno sigue siendo el de una disputa de poder abierta.

Cómo resolver conflictos de interlegalidad y posibles vulneraciones de derechos humanos. Las Constituciones hablan de una ley de coordinación (Colombia, Perú) o compatibilización (Ecuador), dando a entender una relación horizontal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (o especial). Y con relación a posibles conflictos o violaciones de derechos humanos por la jurisdicción especial, las Constituciones no dicen que automáticamente tales casos deben pasar a jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal es la tendencia práctica. En el segundo ciclo no se desarrollaron procedimientos institucionales para encarar posibles conflictos de un modo plural, bajo el principio de la igual dignidad de las culturas y en diálogo intercultural, donde las autoridades indígenas tuvieran igual poder de definición que los jueces ordinarios. Algunos países, como Colombia, avanzaron en instalar el peritaje cultural como un medio para el entendimiento intercultural, a fin de que los jueces pudieran comprender las culturas indígenas y así resolver de mejor manera las tutelas que recibían.⁵ Sin embargo, el principio de la igual dignidad de las culturas quedó sin traducción institucional, pues solo la institucionalidad jurídica hegemónica retuvo la capacidad para decidir en los conflictos entre sistemas. El constitucionalismo pluralista sentó principios cuya efectiva implementación desborda a las instituciones soberanas monoculturales tradicionales, las que no representan en su estructura, composición y funcionamiento institucional a la diversidad de pueblos y culturas del país. Y este fue uno de los retos que dejó el segundo ciclo al siguiente.

⁴ Véase Esther Sánchez e Isabel Jaramillo: *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas, 2001.

⁵ Esther Sánchez: *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: UNC y UNIJUS, 1998.

3.3. *El ciclo del constitucionalismo plurinacional (2006-2009)*

El tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista es el *constitucionalismo plurinacional*. Está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se plantean el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no solo como *culturas diversas* sino como *naciones originarias* o *nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, el que se configura así como un *Estado plurinacional*. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que «reconoce» derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y el hecho de haberseles considerado a lo largo de la historia como menores de edad, sujetos a tutela estatal.

Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la visión indígena, como el derecho al agua, al *buen vivir*, la seguridad alimentaria, entre otros. Y, así mismo, reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena. Adicionalmente, la Constitución de Ecuador incorpora derechos para nuevos sujetos, como la naturaleza (la *pachamama*, los cursos de agua), por fuera de la sistemática homocéntrica occidental.

Las Constituciones del siglo XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. La Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece la paridad de representantes de la jurisdicción indígena y la ordinaria en la conformación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, las resistencias conservadoras a las que fueron sometidos los procesos de aprobación constitucional introdujeron una serie de limitaciones que ahora conviven con formulaciones pluralistas en el mismo seno del texto constitucional. Más limitaciones aún aparecen en la elaboración legislativa.

El entrampamiento del proceso boliviano producido luego del primer texto de la asamblea constituyente refleja las resistencias teóricas y políticas que despiertan estos planteamientos. La resistencia del pasado no es pacífica ni se trata de una *transición amigable*, como había descrito Lee Van Cott al período

de reformas anterior.⁶ Para salir del punto muerto, las fuerzas políticas se vieron obligadas a pactar un nuevo texto constitucional por fuera de la asamblea, al costo de cambios importantes que buscaban introducir limitaciones al reconocimiento de la autonomía y la jurisdicción indígenas. Ello ha dado lugar a la existencia simultánea, en el texto constitucional, de principios pluralistas (principio de pluralismo, autonomía indígena, principio de representación paritaria de jueces ordinarios e indígenas) y normas limitativas (jurisdicción indígena restringida a indígenas, para asuntos indígenas y dentro de su territorio). Para salvar los principios pluralistas y el objetivo descolonizador de la Constitución será necesario hacer una interpretación pluralista del texto constitucional.

Sobre el pluralismo jurídico

El fundamento del pluralismo jurídico en las Constituciones de Bolivia y Ecuador ya no radica solamente en la diversidad cultural, que también es recuperada a través del principio de la interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas u originarios a la autodeterminación (Ecuador) o libre determinación de los pueblos (Bolivia). Sin embargo, estas Constituciones no se librarán de la tensión entre una visión descolonizadora —que reconoce que los pueblos indígenas ejercen su jurisdicción como parte de su derecho a la autonomía, bajo el principio de la igualdad de jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria— y una tendencia neocolonial que busca circunscribir la jurisdicción indígena a una forma de control étnico, aplicada entre indígenas, para *asuntos indígenas*, sin capacidad para ser aplicada a terceros que afecten sus bienes jurídicos dentro de sus territorios.

⁶ Donna Lee Van Cott: *The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

Cuadro 2. Reconocimiento del pluralismo jurídico en el tercer ciclo del horizonte pluralista (2006-2009)

	Ecuador 2008	Bolivia 2009
Modelo de Estado	Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.	Art. 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, [...] Art. 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley. Art. 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, [...] 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
Principios	Art. 83. [deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos]: 10. Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales.	Art. 9. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. Art. 178.I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de [...] pluralismo jurídico, interculturalidad [...]. Art. 30.II. [Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos] 4. A la libre determinación y territorialidad. Art. 179.II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.
Autoridad autónoma en sus territorios	Art. 57. [derechos colectivos] 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.	Art. 304.I. [Competencias exclusivas de las autonomías]: 8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo con la Constitución y la ley. Art. 179.I. [...] la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; [...]

<p>Jurisdicción indígena</p>	<p>Justicia indígena. Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.</p>	<p>Título III, cap. IV. Jurisdicción indígena originaria campesina. Art. 190.I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. [...] Art. 191.I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.</p>
<p>Límites</p>	<p>Art. 21. [...] No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución. Art. 57. [Derechos colectivos]: 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>Art. 190.II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.</p>
<p>Efectos</p>	<p>Art. 76. [el derecho al debido proceso incluirá las siguientes garantías básicas]: inc. 7, i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.</p>	<p>Art. 192.I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. Art. 192.II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.</p>
<p>Coordinación</p>	<p>171. [La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.]</p>	<p>Art. 192.III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.</p>

Control constitucional	171 [Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.]	Art. 197.I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Art. 199.I. [...] Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.
Que las estructuras sean parte del Estado		Art. 30.II.5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. Art. 182.VI. [...] Para la calificación de méritos [de magistradas y los magistrados] del Tribunal Supremo se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. Art. 199.II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Bajo el concepto del *Estado plurinacional* se reconocen nuevos principios de organización del poder, basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas que las Constituciones precedentes de Bolivia y Ecuador no contemplaban con tal claridad. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos y las formas de ejercicio del poder. Así por ejemplo, la Constitución de Bolivia reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica, representativa (a través del voto y cupos), pero también formas de participación directa (consulta, referéndum) y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria, esto es, el reconocimiento de formas de elección y ejercicio de la autoridad indígena de acuerdo con su propio derecho y procedimientos.

A diferencia de las Constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígenas, estas nuevas Cartas, sobre todo la de Bolivia, tienen varios artículos específicos, y a su vez menciones al derecho indígena que atraviesan todo el texto constitucional. Considerando los poderes que se consideraban privativos del Estado —y hacían colisión con las potestades que reclamaban los pueblos indígenas—, las Constituciones, en particular la de Bolivia, han incorporado, de modo transversal, el reconocimiento de potestades que hacían colisión con el organismo legislativo, ejecutivo y judicial.

Contenidos. Las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen a los pueblos indígenas:

- a. La potestad de darse sus normas. La aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (Bolivia: artículo 190), tradiciones ancestrales y derecho propio, normas y procedimientos propios (Ecuador: artículo 171).
 - b. Sus propias autoridades; autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: artículo 171).
 - c. Funciones jurisdiccionales (Ecuador: sección sobre justicia indígena, artículo 171. Bolivia: capítulo IV, jurisdicción indígena originaria campesina).
- a. *El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena*, a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etcétera. Este derecho aparece:
- De modo específico en ciertos artículos, como el referido a los derechos colectivos.
 - De modo transversal a todo el texto constitucional. En el caso de Ecuador, de modo más puntual. Pero en el caso de Bolivia, las referencias al derecho propio aparecen en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc.
 - El ejercicio del sistema jurídico es de acuerdo con su cosmovisión (Bolivia, artículo 30.II.14)

b. En cuanto a las *autoridades indígenas*:

- Ambas Constituciones reconocen la autonomía indígena. Bolivia con un desarrollo (y también límite) más expreso. Al interior de las autonomías, los pueblos eligen sus autoridades de acuerdo con sus mecanismos de elección propios.
- En ambos casos, pero con más reiteraciones en el caso de Ecuador, las Constituciones garantizan la equidad de las mujeres en la representación y participación en sus propios sistemas de autoridad.
- En cuanto a instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los(las) representantes indígenas ante estas sean elegidos(as) mediante sus formas de democracia comunitaria.

- En lo que toca a nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional Plurinacional, la jurisdicción agroambiental, la Corte Suprema, previstas en la Constitución de Bolivia, tales deben tener una composición plural o estar integradas de modo paritario, y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo la visión indígena y ordinaria (esto le falta a la Constitución de Ecuador).

c. En cuanto a la *jurisdicción indígena* o la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, las Constituciones de Bolivia y Ecuador:

- Se adscriben al principio del pluralismo jurídico (Bolivia: artículo 1).
- Reconocen la libre determinación de los pueblos (Bolivia), autodeterminación (Ecuador).
- Reconocen autonomías indígenas (Bolivia) o circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Ecuador: artículo 257)
- Establecen el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Bolivia: artículo 179, II).
- Instauran el control constitucional (Ecuador: artículo 171) o el control por una institución mixta como el Tribunal Constitucional Plurinacional de composición plural y paritaria (Bolivia).
- Afirman los principios de justicia, solidaridad, diversidad (Ecuador: artículo 83).
- Reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo con su propio derecho, a diferencia de las Constituciones previas de Bolivia de 1994 y de Ecuador de 1998, que eran vagas.

En cuanto a los efectos jurídicos del derecho y la jurisdicción indígenas, las Constituciones establecen que:

- Las decisiones deben ser respetadas por instituciones públicas y privadas (Ecuador: artículo 171). Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Bolivia: artículo 192.I).

- Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados como cosa juzgada para el efecto del *non bis in idem* (Ecuador: artículo 76, inc. 7.i).

Competencias, alcance. Cabe anotar que lo avanzado de estos planteamientos generó mucha resistencia. Así, en Bolivia, el primer texto constitucional aprobado por la asamblea constituyente contemplaba un reconocimiento de la jurisdicción indígena de modo amplio, con competencia territorial dentro de las comunidades y por fuera en caso de indígenas, con amplia competencia personal para indígenas y no indígenas que afectasen bienes jurídicos indígenas, sin mayores limitaciones que la de no violar los derechos humanos, entendidos interculturalmente. Igualmente, dicha versión preveía el principio del pluralismo jurídico, la igualdad de jurisdicciones, la conformación paritaria del Tribunal Constitucional Plurinacional, con representantes de la jurisdicción indígena y ordinaria. Sin embargo, luego del entrampamiento del proceso y del pacto político que permitió salvarlo, se introdujeron una serie de limitaciones de modo inconsistente con el modelo de pluralismo igualitario, lo que generará disputas legales y políticas.

Entre las limitaciones que inconsistentemente se introdujeron en el texto boliviano final, cabe anotar:

- La autonomía indígena fue reducida por debajo de los límites departamentales, de modo inconsistente con el principio de la libre determinación de los pueblos.
- Se introdujo una cláusula para la restricción del ejercicio de la jurisdicción indígena desde una mentalidad colonial, con limitaciones a la competencia territorial (para que la jurisdicción indígena solo se aplique dentro del territorio del pueblo indígena), personal (solo entre miembros de un pueblo indígena) y material (asuntos indígenas), de modo inconsistente con el principio de la igualdad de jurisdicciones y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas dentro de sus territorios que el mismo texto consagra.

Limitaciones afines se debatieron en el Ecuador respecto de los derechos de participación y consentimiento, así como con relación a la justicia indígena. La Constitución estableció límites a la competencia territorial y material de la jurisdicción indígena:

- Dentro de su ámbito territorial.
- Para la solución de «sus conflictos internos».

Control constitucional. Con relación a los mecanismos de control, en ambas Constituciones se establece que hay un control constitucional. La novedad es que la Constitución boliviana es explícita en indicar que el Tribunal Constitucional debe tener una composición «plurinacional», esto es, conformada por

autoridades provenientes de ambas jurisdicciones, la jurisdicción indígena y la ordinaria. En el Ecuador no se incluyó la constitución de instancias mixtas interculturales para resolver conflictos de interlegalidad, desde un pluralismo jurídico igualitario; pero sí se aseguró la paridad de género. En este sentido, estas Constituciones rompen con la ceguera étnica y de género en la composición de las instituciones públicas, buscando garantizar la paridad étnica (sobre todo la de Bolivia) y la equidad de género (sobre todo la de Ecuador). También encaran el tema de posibles conflictos entre derechos de las mujeres y derechos indígenas, resolviendo que la cultura no puede ser invocada para vulnerar derechos (Ecuador). La creación de instituciones mixtas plurinacionales (como el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia) permite resolver posibles alegaciones de violación de derechos humanos por la jurisdicción indígena con base en el diálogo intercultural, donde los pueblos tienen poder de definición institucional.

4. Retos

Un primer reto que estos textos constitucionales plantean es la necesidad de construir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralista, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se puedan realizar en las normas secundarias, la jurisprudencia y políticas públicas.

Otro reto reside la necesidad de un fortalecimiento interno de los sistemas jurídicos indígenas y de la capacidad de todos los actores para que puedan entrar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos.

No es corto el horizonte ni poca la tarea.

Anexo

Cuadro 3. Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista⁷

Ciclos, reformas	Primer ciclo: 1982-1988	Segundo ciclo: 1989-2005 Constitucionalismo pluricultural	Tercer ciclo: 2006-2009 Constitucionalismo plurinacional
Modelo de Estado	La emergencia del multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural en el marco del Estado que reconoce sociedad multiétnica y multicultural.	De la nación multicultural al Estado Pluricultural, con pluralismo jurídico interno.	Proyecto descolonizador. Estado Plurinacional, con pluralismo jurídico igualitario, que reconoce libre determinación a los pueblos indígenas o naciones originarias.
Ejemplos de países	Canadá, 1982. Guatemala, 1985. Nicaragua, 1987. Brasil, 1988.	Colombia, 1991. México, 1992. Paraguay, 1992 Perú, 1993. Bolivia, 1994, 2004. Argentina, 1994. Ecuador, 1998. Venezuela, 1999.	Bolivia, 2006-2009. Ecuador, 2008.
Derecho	Aún en vigencia: La Convención del Instituto Indigenista Interamericano. El convenio 107 de la OIT, que entra en revisión entre 1987 y 1989. 1982: Creación del grupo de trabajo de ONU sobre poblaciones indígenas.	Adopción del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas en 1989. México ratificó el convenio en 1991. Le siguieron los países andinos, entre otros.	Aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: - Por el Consejo de Derechos Humanos: 2006. - Por la Asamblea General: 2007.
Política internacional	Crítica al integracionismo del convenio 107 de la OIT. Constitución del Grupo de Trabajo de ONU sobre pueblos indígenas (1982) con participación indígena.	Superación del integracionismo: El convenio 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados.	Libre determinación: - Pueblos y personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos. - Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, - Autonomía, autogobierno.
Contextos nacionales	Países con alta diversidad cultural y presencia indígena. Tensiones internas con pueblos indígenas, en contextos bélicos o posbélicos (Nicaragua, Guatemala).	Articulación de movimientos y demandas indígenas. Adopción de políticas neoliberales: reformas estructurales del Estado, reducción de derechos sociales, apertura a transnacionales.	Alta presencia indígena en constituyentes. Fracaso de políticas neoliberales. Presión para que el Estado retome protección de derechos sociales.
Sujetos de derechos	Comunidades (Nicaragua). Grupos étnicos, comunidades indígenas (Guatemala). Poblaciones (Brasil). Pueblos aborígenes (Canadá).	Comunidades (indígenas, campesinas, nativas, rondas campesinas). Pueblos indígenas. Pueblos originarios (Perú).	Comunidades. Pueblos indígenas. Naciones originarias, indígenas (Bolivia). Nacionalidades indígenas (Ecuador).

⁷ Adaptado de R. Yrigoyen: *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*, o. cit., p. 35.

<p>Ejes de reconocimiento</p>	<p>Multiculturalidad (Canadá). Derecho a la identidad cultural (Guatemala, Nicaragua). Multiétnicidad (Nicaragua). Régimen de autonomías (Nicaragua). Derechos indígenas (Brasil, Guatemala).</p>	<p>Se reafirma el derecho a la identidad y diversidad cultural. Del derecho a la diversidad se pasa a la definición de la nación / multicultural república/ Estado pluricultural. Inclusión de un listado de derechos colectivos indígenas. Derechos de consulta y participación. Pluralismo jurídico.</p>	<p>Estado plurinacional. Reconocimiento de existencia precolonial de naciones y pueblos indígenas, y su libre determinación. Responsabilidad social del Estado. Nuevos derechos de individuos, grupos, comunidades, pueblos, naciones, nacionalidades indígenas. Nuevos derechos sociales (al agua, al buen vivir, seguridad alimentaria). Derechos de la naturaleza (Ecuador). Autonomías indígenas. Instituciones mixtas plurinacionales interculturales. Se reconoce jurisdicción indígena de modo explícito.</p>
<p>Pluralismo jurídico</p>	<p>La Constitución de Guatemala reconoce costumbres. Estas Constituciones no reconocen el pluralismo jurídico propiamente: el derecho ni la jurisdicción indígena. Los países que ratifican el convenio 107 reconocen el derecho consuetudinario indígena sin afectar programas de integración.</p>	<p>Introducción del pluralismo jurídico interno: - Autoridades - Derecho consuetudinario - Jurisdicción especial indígena o sistemas de justicia o mecanismos alternativos de justicia. Competencias: - Territorial: dentro del territorio indígena. - Personal: amplia, salvo Venezuela (solo entre miembros). - Material: sin límite de materia o cuantía.</p>	<p>Principios de pluralismo jurídico y representación paritaria de autoridades indígenas y ordinarias en el sistema judicial y el Tribunal Constitucional (Bolivia). Reconocimiento de: - Derecho indígena o consuetudinario (transversal a la Constitución). - Autoridades indígenas, dentro de régimen de autonomía o autodeterminación. - Jurisdicción indígena.</p>
<p>Límites, problemas</p>	<p>El reconocimiento de la diversidad no modifica el carácter del Estado. No se reconoce pluralismo jurídico ni la jurisdicción propia. (En los casos en los que se ensaya reconocimiento del derecho y justicia indígena por vía infraconstitucional, este es sumamente limitado).</p>	<p>Nuevos derechos no suponen reforma estructural del Estado (ejemplo: falta acomodación de nuevas formas de participación y consulta con estructuras institucionales). Reducción de derechos sociales. Adopción simultánea del multiculturalismo y contracción del papel social del Estado, lo que neutraliza derechos. Introducción inorgánica de la justicia indígena (Perú, Bolivia). Pluralismo jurídico: limitado a no contradecir Constitución ni leyes. Confusión entre mecanismos alternativos (voluntarios) y jurisdicción (Bolivia, Ecuador).</p>	<p>Pactos políticos para viabilizar Constituciones dan lugar a ciertas restricciones. Bolivia. Texto final reduce algunos avances del texto inicial: no caben autonomías indígenas supradepartamentales. Si bien se dejaron los principios pluralistas, se puso límites a la jurisdicción indígena: entre indígenas, sobre asuntos indígenas, dentro de su territorio. Ecuador: jurisdicción indígena para asuntos internos.</p>

Bibliografía

- ARIZA, José: *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009.
- BONILLA, Daniel: *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006.
- CHIVI, Idón: *Justicia Indígena. Los temas pendientes*. La Paz: Azul Editores, 2006.
- KYMLICKA, Will: *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1995.
- SÁNCHEZ, Esther: *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: UNC y UNIJUS, 1998.
- SÁNCHEZ, Esther e Isabel JARAMILLO: *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas, 2001.
- STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE: *Entre la ley y la costumbre*. México: IUI-IDH, 1990.
- TAYLOR, Charles: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE, 1993.
- VAN COTT, Donna Lee: *The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (ed.): *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*. Lima: IIDS, INESC, ILSA, 2010.
- «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino», en: Mikel BERRAONDO: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567.
- «Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos», en: Milka CASTRO: *Los desafíos de la interculturalidad*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2004, pp. 191-228.
- *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. 1.^a ed., Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

Consideraciones para comprender el pluralismo jurídico en el Estado Plurinacional de Bolivia

Inti Schubert*

La nueva Constitución boliviana del año 2009 reforma la estructura del Estado y del sistema judicial. Bolivia ya no se considera una república. La autodenominación ahora es la de un *Estado plurinacional*.¹ En este nuevo nombre se ve reflejada la diversidad cultural del país. La nueva Constitución establece la vigencia del pluralismo jurídico. El Estado reconoce a la jurisdicción indígena como parte integral del nuevo sistema de justicia. La jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria son declaradas de la misma jerarquía. El nuevo sistema integrado de justicia, constituido por las diferentes jurisdicciones, aún está por desarrollarse.

Por la intensidad y la complejidad de las reformas previstas en la nueva Constitución, el país requiere apoyo internacional. Las estrategias políticas y técnicas tienen que evolucionar para permitir que opere el nuevo sistema.

La Constitución ha creado nuevas instituciones como, por ejemplo, la Asamblea Legislativa Plurinacional y el Tribunal Constitucional Plurinacional. Su composición de personal refleja la diversidad cultural. Al constituir la jurisdicción indígena y respetar el derecho de los pueblos originarios a practicar su derecho propio, Bo-

*Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Fráncort). Asesor principal del Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico Intercultural en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE), Bolivia, GIZ. Ha publicado artículos e investigaciones sobre el derecho global.

¹ Decreto supremo n.º48 del 18.2.2009.

livia cumple con una variedad de tratados internacionales. Entre ellos cabe mencionar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas² y el convenio 169 de la OIT.³

Existe una gran variedad de diferentes sistemas jurídicos indígenas en Bolivia. Esto se debe, por un lado, a las diferencias culturales entre las diferentes comunidades indígenas y, por el otro lado, a la época colonial, en la que los sistemas jurídicos indígenas fueron influenciados con diferente intensidad por el sistema colonial. Mientras algunas comunidades han sido capaces de mantener la sustancia de sus propias tradiciones, otras adoptaron elementos del derecho colonial y sus métodos de sanción. Para algunas comunidades cercanas a urbanizaciones coloniales resultó imposible mantener sus tradiciones jurídicas y las perdieron casi por completo en el transcurso del tiempo.

Sin embargo, existen similitudes entre los sistemas jurídicos de las diferentes comunidades y pueblos indígenas. Básicamente, todo el derecho propio está basado en el derecho consuetudinario que se transmite de generación en generación en forma oral. En algunos pueblos existen excepciones. En estos casos, las autoridades redactan actas que pueden servir como precedentes. Dichas actas son depositadas para el uso posterior por la autoridad sucesora.

En el pasado, el Estado no reconocía las decisiones de las autoridades indígenas y ponía en duda su autoridad para administrar justicia independientemente. Desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución, esto ya no es posible. La nueva Ley de Deslinde Jurisdiccional⁴ establece que «las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio» y que «serán acatadas por todas las personas y autoridades».⁵ Las decisiones de la jurisdicción indígena son irrevisables por la jurisdicción ordinaria. Solo el Tribunal Constitucional Plurinacional podrá pronunciarse sobre estas decisiones y en su caso declararlas inconstitucionales.

La Constitución y la Ley de Deslinde Jurisdiccional obligan a la jurisdicción indígena originaria campesina y a las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente a respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales. El *chicote*, que tiene su origen en prácticas coloniales, aún se aplica en varias comunidades. Esto ya no será legal. Tampoco serán legales aquellos métodos de investigación que provoquen dolor o que impliquen confesiones forzadas. Esto significa que dentro de la jurisdicción indígena, parcialmente, se tendrán que desarrollar nuevas formas de castigo. El Tribunal Constitucional Plurinacional, una vez constituido, conocerá sobre la constitucionalidad de estos casos.

Una ventaja del sistema judicial indígena es su inmediatez. Además es gratuito, restaurativo y busca restablecer la armonía social dentro de una comunidad. En cambio, el sistema formal es moroso, caro y poco transparente para una parte de la población. Ambas jurisdicciones tienen que pasar por un proceso de modernización.

² Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.

³ Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del año 1989.

⁴ Ley n.º 073, promulgada el 29.12.2010.

⁵ Art. 12, Ley de Deslinde Jurisdiccional.

1. Plurinacionalidad e interculturalidad

En términos jurídicos, la plurinacionalidad significa el respeto a la identidad cultural del otro. En cambio, la interculturalidad requiere el desarrollo y la creación de lo común. Por tanto, la plurinacionalidad es lo que hay que reconocer y la interculturalidad es lo que hay que construir. Desde luego, ambos conceptos se complementan.⁶ Para crear cohesión social, el sistema judicial tiene que garantizar el respeto a las diferencias culturales y al mismo tiempo el respeto a lo común. Sin embargo, el pluralismo jurídico requiere ser ordenado.⁷ En el caso de Bolivia, las categorías necesarias para ordenar el pluralismo devienen de los tratados internacionales y de la perspectiva intercultural.

Por eso, es muy importante impulsar procesos de diálogo intercultural para crear convergencia entre los diferentes sistemas jurídicos. Los respectivos actores judiciales tienen que conocerse, ser capaces de intercambiar experiencias y cooperar mutuamente. El fundamento normativo es la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta ley regula los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena en términos territoriales, personales y materiales.⁸ Esto es imperativo para evitar la inseguridad jurídica.

2. Ley de Deslinde Jurisdiccional

Esta ley define los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena en forma restrictiva. En resumen, la jurisdicción indígena se aplica solo a los miembros de pueblos indígenas y solo a las relaciones y los hechos jurídicos que se realicen en el territorio de un pueblo indígena. Además, la ley excluye varias materias legales de la jurisdicción indígena, por ejemplo: el derecho laboral, tributario, minero, administrativo y en materia penal, como la seguridad interna y externa del Estado, terrorismo, narcotráfico, corrupción, violación, asesinato y homicidio. Esta exclusión ha generado cierto descontento en el sector indígena, ya que se esperaba de la ley, más bien, un reconocimiento amplio para conocer y resolver las controversias jurídicas.

El respeto y el reconocimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena ponen punto final a una larga historia de abierta discriminación. En el pasado, un miembro de un pueblo indígena que hubiera sido castigado por su propio sistema de administración de justicia era susceptible de recibir sanciones de la jurisdicción ordinaria en forma adicional. Este doble juzgamiento ahora ha sido erradicado por la Constitución y la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

La exclusión de personas no indígenas de la jurisdicción indígena contribuye a crear la seguridad jurídica para la población. Pero deja a las comunidades indígenas, por el momento, indefensas frente a los actos delictivos que pueden ser cometidos por personas que no pertenezcan a pueblos indígenas. En estos casos, la Ley de Deslinde Jurisdiccional establece que las autoridades indígenas deben remitir la causa

⁶ Véase Catherine Welsh, en Acosta y Martínez: *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, 2009, p. 183.

⁷ Mireille Delmas-Marty: *Ordering Pluralism*, Oxford, 2009.

⁸ Arts. 8-11, Ley de Deslinde Jurisdiccional.

a la jurisdicción ordinaria. Pero sus autoridades no pueden garantizar la celeridad en la tramitación de la causa debido a la distancia entre el lugar de los hechos y el asiento judicial.

3. Mecanismos de coordinación y cooperación

El desarrollo y la implementación de mecanismos eficientes de coordinación y cooperación interjurisdiccional es importante para garantizar la seguridad jurídica a toda la población. La ley prevé, de manera general, la creación de este tipo de mecanismos pero omite establecer mecanismos concretos. La elaboración de mecanismos concretos de cooperación y coordinación quedará finalmente a cargo de los *espacios de diálogo* previstos en la ley. Los mecanismos de coordinación y cooperación se constituyen en el fundamento para avanzar hacia la *función judicial única*.⁹

Hasta ahora no se han encontrado soluciones para el caso de lugares con población mixta. Por ejemplo, en El Alto, según la Ley de Deslinde Jurisdiccional, rige la justicia formal. La realidad es otra. Muchos grupos indígenas se han trasladado a esta ciudad llevando sus prácticas culturales y judiciales. Pero El Alto no es solo un lugar donde se enfrentan la cultura occidental y la cultura indígena. Es también un lugar donde se enfrentan diferentes culturas indígenas entre sí. El Alto es prácticamente una metrópoli indígena. En los hechos, son las autoridades indígenas inmigradas desde sus comunidades las que ejercen la función de mantener el orden social. Este ejemplo demuestra el alejamiento entre la realidad social y la normatividad en ciertas partes de Bolivia. Para el caso de las zonas culturalmente mixtas, la Ley de Deslinde Jurisdiccional omitió prever formas adecuadas de regulación.

4. La indivisibilidad del monopolio del uso legítimo de la fuerza

El reconocimiento estatal de la jurisdicción indígena en Bolivia se produce en forma de una apropiación. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son de la misma jerarquía. Ninguna es superior a la otra. Ahora ambas son estatales. El Estado se apropia del derecho de los pueblos indígenas. Esto conlleva a una cantidad de preguntas teóricas sobre la naturaleza del derecho en Bolivia y en especial sobre el monopolio del uso legítimo de la fuerza.

¿Existe aún tal monopolio o se ha diversificado? En una democracia, el uso legítimo de la fuerza se legitima a través de las elecciones. La Constitución delega implícitamente en las autoridades indígenas el uso de la fuerza coercitiva a través del reconocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina. Pero las autoridades indígenas están principalmente legitimadas por la posición social dentro de su comunidad. El fundamento de su competencia es el vínculo particular con la respectiva comunidad. Consecuentemente, la Ley de Deslinde Jurisdiccional limita la vigencia personal de la jurisdicción indígena solamente a los miembros del pueblo indígena respectivo. No se aplica a personas ajenas.

⁹ Art. 179, Constitución Política del Estado.

Frente a esto surgen muchas interrogantes de relevancia práctica. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad civil o penal de autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones judiciales. Su actuación implica el uso de la fuerza y es *de facto* estatal. Pero ni la Constitución ni la Ley de Deslinde Jurisdiccional convierten oficialmente a las autoridades indígenas en funcionarios públicos, por los cuales el Estado tuviera que asumir una responsabilidad. Este tema normativamente no resuelto puede causar muchas controversias en caso de que una autoridad indígena aplique violencia contra otra persona.

La apropiación estatal del derecho propio de los pueblos indígenas y de las decisiones de la jurisdicción indígena conlleva a otra interrogante con referencia a la responsabilidad legal. ¿Acaso el Estado tendrá que responsabilizarse frente a las Cortes internacionales por violaciones de derechos humanos de autoridades indígenas, tal como sucede con la justicia formal? Ya que el Estado se apropia del sistema indígena, la respuesta tiene que ser afirmativa. Sin embargo, Bolivia carece actualmente de un reglamento que establezca cómo proceder en esos casos. Aún no existe conciencia sobre el problema político que esto puede ocasionar.

5. Bloque de constitucionalidad

La Constitución boliviana no solamente abre su sistema jurídico hacia el pluralismo *desde abajo*; también lo hace hacia el pluralismo *desde arriba*.¹⁰ La Constitución define un bloque de constitucionalidad que incorpora todos los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia y les atribuye rango constitucional. A través de este mecanismo la constitucionalidad puede ir progresando. La velocidad¹¹ del desarrollo de los derechos humanos a nivel nacional y a nivel global no es la misma. Hoy, muchos avances en el desarrollo de los derechos humanos primero se producen a nivel global. Su adopción a nivel nacional, muchas veces, puede tardar varios años. En el caso boliviano, solo se requiere la ratificación del respectivo tratado para su vigencia con rango constitucional. Esto le permite a Bolivia *sincronizar* su sistema jurídico nacional con el nivel global.

No hay que olvidar que la vigencia formal del contenido de los tratados internacionales no significa automáticamente su vigencia práctica. Aparte de crear mecanismos tales como la *sincronización*, es necesario que los actores judiciales se encuentren en condiciones de implementar y aplicar el nuevo contenido constitucional en sus decisiones. El sistema legal en su conjunto tiene que asegurar que las leyes existentes no generen conflictos con el nuevo contenido constitucional. Esto es una gran tarea.

¹⁰ Hablamos de un pluralismo jurídico *desde arriba* y *desde abajo* porque la perspectiva es desde el Estado nacional para analizar las presiones a las que su sistema legal está expuesto y para discutir alternativas. Si se hablara de un pluralismo *desde adentro* y *desde afuera*, la perspectiva se basaría en el territorio. Esto no permitiría un análisis con conceptos jurídicos.

¹¹ Respecto las diferentes velocidades del desarrollo normativo, véase M. Delmas-Marty, o. cit., p. 119.

Diferente es el caso de los tratados de protección de inversiones. Estos, por su naturaleza, no tendrán vigencia constitucional. Bolivia, además, ha abandonado el sistema del CIADI.¹² Sin embargo, al firmar contratos sobre inversión extranjera, Bolivia reproducirá a nivel nacional las contradicciones normativas entre los tratados internacionales sobre derechos humanos con los tratados globales que regulan el comercio internacional. El Estado boliviano no está preparado para resolver estas contradicciones.

6. ¿Constitucionalismo experimental?

La falta de soluciones concretas para lugares mixtos como El Alto, la incertidumbre sobre la responsabilidad civil de autoridades indígenas y sobre la interrelación entre el pluralismo jurídico *desde arriba* y *desde abajo* y otros temas neurálgicos son el reflejo de un constitucionalismo experimental.¹³ El Estado Plurinacional no debe comprenderse como experimental en el sentido de que sea meramente provisorio. Más bien, se trata de un concepto de Estado en el cual el sistema y la estructura organizativa final no están predefinidos. Entonces, el Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en proceso de formación y construcción. Es importante mantener ese ímpetu inicial recogido por la Asamblea Constituyente y no caer en conceptos de reforma a reforma, como es el caso de Venezuela. El desarrollo de la institucionalidad democrática de Bolivia debe avanzar sobre la base de la constitucionalidad recientemente creada.

Recién se ha iniciado la reestructuración del sistema organizativo del Estado boliviano. En un sistema pluralista se puede advertir que se producirán colisiones normativas. Por eso, es necesario trabajar en una estrategia para ordenar el pluralismo y crear cohesión sistémica a pesar de las posibles contradicciones normativas.

7. Ordenar el pluralismo

En términos de ordenar el pluralismo, existen varias dimensiones. La primera es la mutua armonización¹⁴ de normas de los diferentes sistemas. Debido a la diversidad jurídico-cultural que caracteriza a Bolivia, esta dimensión no parece viable por el momento. La segunda dimensión se refiere al desarrollo de referencias cruzadas en la jurisprudencia. Esto podría desarrollarse tomando en cuenta recíprocamente las decisiones de las diferentes jurisdicciones. Para que esto funcione, es necesario que los actores de dichas jurisdicciones empiecen a intercambiar su jurisprudencia y dialogar sobre los diferentes valores sociales. En un próximo paso habría que sistematizar la jurisprudencia más relevante en términos interculturales y hacerla accesible en español y en diferentes idiomas indígenas.

¹² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID).

¹³ Véase Boaventura de Sousa Santos, en Acosta y Martínez, o. cit., p. 51.

¹⁴ Respecto la UE, M. Delmas-Marty, o. cit., 2009.

Actualmente Bolivia está experimentando la dimensión de hibridización en su sistema judicial. Esto es un efecto del carácter experimental del sistema judicial del país. Por un lado, se mantiene el sistema formal sin mayores cambios. Por el otro, aparecen nuevos actores judiciales como la jurisdicción indígena y la jurisdicción constitucional plurinacional. El riesgo de un sistema híbrido consiste en que se puede convertir fácilmente en un sistema permanente, si se pierde la dinámica de la reforma y la disposición a cambios. Esto resultaría en la imposición del *statu quo* y complicaría la necesaria creación de lo común.

8. El desafío

El pluralismo jurídico no es un fenómeno limitado a la existencia de una jurisdicción indígena reconocida estatalmente. Existe también entre el nivel nacional y el nivel supranacional o global. Esto se debe a la existencia de múltiples tratados internacionales. En el pluralismo jurídico, normas de diferentes orígenes pueden producir colisiones. El desafío consiste en ordenar el pluralismo y asegurar derechos iguales para todos.

La globalización del derecho. Tendencias en el estado del arte

Indira Latorre*

Este artículo trata de poner en evidencia algunas de las tendencias en el estado del arte del tema de la globalización del derecho escrito en lengua española. Con ello se pretende además contribuir a la conformación de las bases para entender los retos y desafíos que deben afrontar la investigación y el conocimiento jurídico en dicha materia.¹

Dos factores que inciden en la elaboración y análisis de este estado del arte son puestos de relieve: 1. el campo de la globalización del derecho constituye un terreno en construcción y existe una diversidad de enfoques; 2. la búsqueda de bibliografía en español supone en principalmente² un acercamiento al ámbito latinoamericano. El primer factor complejiza el objeto de estudio, dificulta su delimitación y puede llevar a generalizar ciertas tendencias en el estado del arte; el segundo enmarca dichas tendencias en la región latinoamericana y, por ello, permitirá posteriormente hacer una reflexión comparada de las tendencias en otras regiones.

*Abogada. Cursa una maestría en derecho administrativo en la Universidad del Rosario, Colombia. Se ha desempeñado como asesora técnica de la GIZ en el proyecto «Fortalecimiento del Estado de Derecho» apoyando su componente «Globalización del derecho».

¹ Las tendencias que acá se presentan y su vínculo con los retos que estas puedan representar para la investigación jurídica —incluso para la formación jurídica— han surgido como parte del objetivo que se aborda en el componente «Globalización del derecho» del proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho, FortaEsDer, que la Agencia Alemana de Cooperación Internacional, GIZ, está implementando por orden del Ministerio Alemán de Cooperación Económica y Desarrollo, BMZ.

² Salvo excepciones, todavía no es una tendencia mayoritaria encontrar traducción al español de textos de otros países que se refieran a la globalización del derecho. En este artículo debe entenderse por estado del arte escrito en lengua española aquel preponderantemente conformado por autores latinoamericanos.

Todo ello, y especialmente el primer factor, lleva a dividir este trabajo en dos secciones: 1. elementos para la construcción del estado del arte; 2. tendencias sobre la forma en que se aborda la globalización del derecho en dicho estado del arte.

En la primera sección se hace especial referencia a los puntos de partida tenidos en cuenta en la elaboración del estado del arte, con el fin de comprender y delimitar el objeto (bibliografía) del presente análisis.

En la segunda sección se hace referencia a siete tendencias encontradas en el estado del arte, donde se abordan temáticas alrededor del campo de la *globalización del derecho* y se resaltan algunas especificidades al interior de estas.

1. Elementos para la construcción del estado del arte

Para iniciar el trabajo es necesario hacer una recopilación y estudio de la bibliografía en lengua española, con el fin de delimitar el objeto de análisis y la forma y perspectiva de abordaje. En cuanto este es hasta ahora un ámbito en construcción, más que partir de una definición de *globalización del derecho* sin antes haber comprendido este fenómeno en su totalidad, se hace necesario tener otros puntos de partida para la selección documental. Estos puntos de partida son los siguientes:

- El término *globalización* es de amplio uso en las ciencias sociales y jurídicas. Es común encontrar que gran parte de la bibliografía hace referencia a las diversas *globalizaciones* o *dimensiones de la globalización* como la informática, económica, política, filosófica y cultural.³ De ahí que (incluso en el ámbito puramente jurídico) la dimensión de la globalización jurídica puede aparecer como accesoria o principal. Se hará énfasis en estas últimas aproximaciones sin desconocer las primeras.
- Atendiendo a la novedad del tema, se hace necesario construir, en primera instancia, un estado del arte conformado por bibliografía *general* que contenga o permita identificar la forma de abordar el tema de la globalización en su perspectiva jurídica, es decir, sin considerar particularmente un campo especializado del derecho. Ello, sin perjuicio de reconocer los interesantes análisis que podrán extraerse del estudio de la bibliografía jurídica que profundice en determinadas áreas del derecho, instituciones jurídicas o elementos casuísticos que aporten a la construcción y ampliación del estado del arte.

Teniendo en cuenta los anteriores puntos de partida, se puede considerar que los criterios de selección para construir el estado del arte sobre *globalización del derecho* son que el documento incorpore o intente describir el concepto *globalización*

³ Como ejemplo de la amplia gama de textos que pueden ubicarse dentro del área *globalización* véase la bibliografía seleccionada de fuentes en español construida por la Indiana University, Bloomington (2005). Esta bibliografía «acopia trabajos que versan sobre el impacto de la globalización en sus más diversas manifestaciones: la integración económica y los mercados financieros; el sindicalismo y las relaciones laborales; las relaciones de género, los movimientos sociales y los derechos humanos; las artes, la cultura y las comunicaciones; la educación, la religión, la ética, la filosofía, el derecho y el medio ambiente, entre otros». Disponible en <<http://www.indiana.edu/~global/resources/guides/SpanishGuide.pdf>> [1.3.2011].

del derecho, que contenga un problema jurídico o una tensión de aplicación y reconocimiento entre derechos o sistemas jurídicos, que se refiera a aspectos que invoquen elementos en contradicción, oposición, homogeneización, transformación, cambio o surgimiento (como por ejemplo, internacional-nacional, público-privado, *hard law-soft law*, pluralista-monista) y, finalmente, que pueda clasificarse como un texto fundamentalmente jurídico.

Finalmente, la selección de bibliografía se limita a aquellos escritos posteriores al año 2000 en lengua española. Esto como filtro para enfocar el análisis del abordaje de la globalización del derecho en Latinoamérica. No obstante, para un aporte comparativo, también se tienen en cuenta algunos textos (minoritariamente) de origen español y norteamericano que se encuentran traducidos.

2. Tendencias sobre la forma en que se aborda la globalización del derecho en el estado del arte

Por *tendencia* se entiende la inclinación que la bibliografía seleccionada y analizada asume frente a su comprensión o acercamiento a la globalización del derecho. La identificación de tendencias implica entonces un ejercicio de interpretación y generalización que permite detectar el camino y los elementos que, escogidos por la mayoría de autores, se utilizan para describir, explicar o proponer sus ideas sobre la globalización del derecho.

Lo que vuelve desafiante esta tarea de identificación de tendencias y, por lo mismo, susceptible de posterior reinterpretación es el carácter tópico que la mayoría de las veces se ha dado a la globalización. Con lo cual, los autores que la introducen en sus estudios, sin que su intención principal haya sido situarse en el ámbito de la globalización del derecho, pasan a conformar el estado del arte del presente trabajo. No obstante, esto en sí mismo es interesante, pues muestra el bajo grado de conciencia o intencionalidad para abordar los cambios del derecho.

Así, en casos donde la intención del autor no es explicar ni situarse en el proceso de la globalización del derecho, sus posturas están delimitadas por su área de especialización (rama del derecho). Se ve una mayor intencionalidad de abordar las transformaciones del derecho cuando se presentan aportes desde la ciencia política o la sociología.

De esta manera, dado que los *elementos de globalización del derecho* no siempre están manifiestos en la bibliografía analizada, la identificación de tendencias se hace extrayendo e interpretando los puntos de acceso a la globalización del derecho⁴ que se preguntan, entre otros aspectos, por: los cambios del rol del Estado, el papel de lo jurídico en el entorno global, los efectos e impactos jurídicos, los sujetos de la globalización del derecho, los cambios en el sistema jurídico.

Finalmente, las tendencias que se describen a continuación se construyeron teniendo como norte o como hipótesis de trabajo la siguiente afirmación: la globalización del derecho, por lo general, es asumida en forma *accesoria, fragmentada y*

⁴ Estos puntos de acceso se encuentran esquematizados en una guía metodológica que se elaboró en el componente «Globalización del derecho» del proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho, FortalEsDer, de la Agencia Alemana de Cooperación al Desarrollo, GIZ.

apresurada. Accesorio porque la dimensión jurídica es poco estudiada, se presenta como algo dependiente de las otras dimensiones de la globalización, lo cual limita el análisis sobre las transformaciones del derecho y sus efectos en lo jurídico. Fragmentada porque no identifica, no explica y no profundiza sobre la globalización jurídica en su proceso completo. Esto último lleva a que en forma apresurada se asuma la descripción de los efectos de la globalización del derecho sin entender el fenómeno previamente.⁵

3. Predomina la globalización económica sobre la jurídica para entender la globalización del derecho

Aun cuando los hechos económicos internacionales generen cambios en lo normativo, se observa una inclinación a entender como causa de la globalización jurídica la globalización económica.

Esta tendencia supone que la mayoría de autores hacen referencia a la globalización económica con una mayor autonomía de la que se tiene para la globalización del derecho, en cuanto se la dota de un campo propio. La atribución que se hace a los economistas de haber divulgado el concepto *globalización* marca la fuerte influencia que existe a identificarla con el campo económico.⁶

De esta manera, cuando se hace referencia a la globalización del derecho o al derecho global,⁷ existe con anterioridad una referencia previa al proceso de globalización desde su perspectiva económica (algunas veces también se contextualiza dentro de la dimensión de comunicación). Tal referencia al proceso de globalización económica es utilizada argumentativamente para derivar de allí una nueva realidad jurídica. Con esto, la globalización económica pasa a ser la causa y la base para llegar a la globalización del derecho.

A su vez, tras las referencias a lo económico, la llegada a la globalización jurídica se asume de dos formas. La primera, como una realidad que se encuentra presente. Es decir, el derecho global aparece como una situación *de hecho* generada por los cambios en el mundo económico y que produce la aparición de nuevos sujetos creadores de derecho ajenos al poder de los Estados. La segunda, como la posibilidad de generar (crear) un derecho global, entendiéndolo como una alternativa a la globalización económica o como una propuesta. Así, esta opción comprende dos versiones; la primera entendería que el derecho global (del punto anterior) tiene algunos efectos negativos que deben ser enfrentados por un derecho global alternativo, y la segunda propone la creación de un derecho global como una respuesta de adaptación del derecho internacional a los nuevos escenarios globalizantes. Cualquiera de las dos formas anteriores, indistintamente se han referido al derecho global

⁵ Para comparar esta afirmación con las posturas que existen sobre los acercamientos que las distintas disciplinas han hecho sobre la globalización véase H. Fazio Vengoa (2011): *¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación*, Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2011, pp. 29-92.

⁶ H. Fazio Vengoa: *¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación*, Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2011.

⁷ Los términos globalización del derecho y derecho global no son tratados de manera unívoca en la bibliografía; algunas veces aparecen como sinónimos, y otras, como si el segundo fuera resultado del primero.

para derivar de ahí un marco jurídico uniforme y armónico o, por el contrario, un espacio de fragmentación, no armónico. Independientemente de que sea o no así, las tendencias a caracterizar la globalización como fragmentación o uniformidad también pueden ser producto del predominio dado a la globalización económica.

Así, se identifican dos argumentos en donde lo jurídico se encuentra subordinado a lo económico:

- Argumento A. 1. Las tendencias de homogeneización no son connaturales al proceso de globalización económica, por lo tanto, 2. la globalización jurídica debe llevar a la aceptación de un pluralismo jurídico.
- Argumento B. 1. Las tendencias de homogeneización son propias de la globalización económica, por lo tanto, 2. la globalización jurídica también requiere homogeneización.

4. El cambio de rol del Estado depende de dónde se localiza la discusión

La pregunta por el rol del Estado pretende esclarecer cómo los autores han entendido que este se transforma (en cuanto productor de derecho) y cuál es el papel que debe asumir. Como tendencias principales se han encontrado las que se describen a continuación.

Efectivamente se hacen referencias a los cambios del rol del Estado, y en su mayoría se concentran en advertir que este se vuelve débil y que tiene escasas posibilidades para resolver los problemas que traspasan sus fronteras. Sin embargo, al observar cuidadosamente, también se identifica una tendencia a separar los procesos de globalización europeos⁸ de los latinoamericanos, con el fin de explicar que según dónde se localice el proceso de globalización, el Estado se verá debilitado o algunas veces fortalecido. En este sentido, se reconoce que los impactos y efectos de la *regulación, desregulación y autorregulación* se han asumido de forma diferente en cada región generando una menor o mayor presencia del Estado. Por esto se llega a considerar que la globalización económica no siempre va atada a una menor presencia del Estado.⁹

Por otra parte, se observa la propensión de algunos autores a hacer una remisión al proceso de globalización europeo, con el fin de direccionar o encauzar hacia allá el proceso latinoamericano. Se identifica el proceso europeo como ejemplarizante. Lo contrario a esta postura se presenta en la bibliografía con una tendencia que ha sido denominada *antiglobalizante*.

⁸ Para consultar estudios en lengua española sobre los procesos de globalización europea y sus efectos en el derecho véase O. Mir Puigpelat (2004): *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

⁹ P. A. De Miguel Asencio (2003): «Algunas tendencias jurídicas de la globalización», en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*, colección Escuela Diplomática, n.º 7, Madrid, BOEAEPIRI, 2003.

Finalmente, de manera general se observa que los cambios del principio de soberanía y del papel del Estado no son abordados en profundidad (aunque se enuncia su incidencia en el sistema de fuentes del derecho). Esto puede deberse a que es un tema que correspondería al campo de la filosofía política.¹⁰

5. Los nuevos sujetos de la globalización del derecho se presentan con carácter estático y son poco estudiados

Junto con la pregunta sobre los roles que adquiere el Estado ante la globalización del derecho, la cuestión sobre los nuevos sujetos de la globalización jurídica en cuanto productores de normas, también ha sido estudiada por la bibliografía seleccionada. El tratamiento que se hace sobre este tema se encuentra relacionado con el sistema de fuentes y con los ámbitos de regulación.

Como tendencia mayoritaria, si bien se presenta una referencia a los organismos internacionales, esta se hace de modo estático, es decir, se muestra la existencia de directrices de tipo internacional (algunas veces asumiendo sus efectos negativos) pero no se articulan con la naturaleza, funcionamiento e implicaciones de dichos organismos para el derecho. De esta manera, el estudio de los sujetos se queda en el ámbito internacional y no se presenta en su interrelación (formas de expresión en lo jurídico) con el ámbito regional o nacional. En la bibliografía seleccionada existe una mayor inclinación a hacer referencia a los *clásicos* sujetos internacionales (organizaciones internacionales, sujetos de cooperación internacional) y es escaso el estudio de nuevos sujetos.

Por otra parte, frente al estudio de sistemas internacionales específicos, se observan posturas que se inclinan por preguntarse acerca de la legitimidad y el carácter democrático de ciertos sujetos; esto, con miras a plantear la expansión de dichos sistemas en el contexto de un derecho global.¹¹

En menor medida (sobre todo en escritos producidos en España) se hacen estudios donde la existencia de sujetos privados al margen de los Estados tiene relevancia para la producción jurídica, fenómeno que ha sido denominado *privatización normativa*.¹²

Finalmente, vale la pena referirse a una tendencia minoritaria, que no es de origen latinoamericano (se origina en Norteamérica pero sus documentos se han traducido a lengua española y actualmente se realizan trabajos para traer el debate a

¹⁰ Aunque se reconoce la importancia de profundizar en estos aspectos, por cuanto inciden en el derecho, se conciben como un espacio que no corresponde resolver a esta disciplina. Al respecto véase J. Graham (2010). *La desnacionalización del derecho internacional*. México: Universidad de Monterrey, p.75. Sobre el aporte de la ciencia política al estudio de la globalización véase H. Fazio Vengoa (2011): *¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación*, Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2011, pp. 61-69. También pueden observarse los estudios que en Latinoamérica se han realizado sobre las transformaciones del Estado en la globalización en: http://www.clad.org/siare_isis/bggeneral/php/buscar.php [1.3.2011].

¹¹ Esto se presenta frente a la OMC y su sistema de solución de controversias. En tal sentido véanse M. Pérez (2004). «Dinámicas de la nueva dimensión globalizada del régimen comercial multilateral: Reconocimiento de nuevos sectores y participación de partes no estatales en el sistema de la OMC», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 8, <http://www.reei.org/reei8/reeei.8.htm> [1.3.2011]; A. González (2010): «Introducción: Globalización y derecho. Una visión desde la organización mundial del comercio», en Ponce (coord.). *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: INAP, Marcial Pons, pp.15-32; P. A. De Miguel Asencio (2003). *Algunas tendencias jurídicas de la globalización*, o. cit.

¹² P. A. De Miguel Asencio, o. cit.

esta región) y ha desarrollado como herramienta analítica y teórica una sistematización de cinco categorías o tipos de regulación administrativa global.¹³ En estos tipos de regulación «varían los elementos legales [...] los agentes involucrados y los roles que ellos desempeñan» (Ratton, 2010, p. 13).¹⁴

6. La mirada a la incorporación y recepción desde arriba explora solo algunas partes del proceso

Por lo general, la bibliografía que hace una descripción sobre elementos *globalizantes* que se incorporan en sistemas legales nacionales no indaga en la comprensión completa del proceso de incorporación, de adaptación ni de sus efectos en lo jurídico.

Si bien se hacen estudios que enuncian los cambios en lo internacional y en los principios que de allí se originan, en mayor medida, se enfocan en ubicar los estándares de protección que deben ser tenidos en cuenta por el derecho interno.¹⁵ No se llega a indagar completamente sobre el acceso a instancias globales de justicia, ni sobre el funcionamiento de instancias internacionales, tampoco sobre la forma de incorporación de sus directrices o normas, ni sobre los procesos de armonización, ni sobre los efectos que todo ello presenta en las estructuras del derecho interno.

Lo anterior también sucede con las referencias que se hacen al derecho comunitario europeo, ya que algunos de sus principios son objeto de recepción en los ordenamientos internos.¹⁶

Los ámbitos en los cuales se hace una comprensión mayor de estos procesos se da en los relacionados con la armonización del sistema interamericano de derechos humanos. Desde el punto de vista procesal y sustancial, se efectúan estudios sobre las relaciones entre los sistemas nacionales e internacionales de protección, con discusiones que involucran el principio de *subsidiariedad* y que establecen las implicaciones de un *control de convencionalidad*¹⁷ para las estructuras nacionales e internacionales igualmente, se trae a discusión el concepto de *un derecho de los derechos humanos*.¹⁸

¹³Estos trabajos se inscriben en marco del Proyecto «Derecho administrativo global (GAL)» sobre gobernanza global que lleva a cabo la Universidad de Nueva York. Información de este proyecto puede consultarse en <<http://www.iijl.org/GAL>> [1.3.2011].

¹⁴M. Ratton: «El Proyecto “Derecho Administrativo Global”: Una reseña desde Brasil, octubre 2008», en *Revista de Derecho Público*, 24, marzo, p. 13.

¹⁵C. Hecker: «El acceso a la justicia y la inversión extranjera», en *Actualidad Jurídica*, n.º 22, Universidad del Desarrollo, julio 2010, pp. 205-214.

¹⁶Véase L. Garrido (2008): «Las desigualdades negócias y la trascendencia del poder en la negociación contractual», en *Vniversitas*, 115, enero-junio 2008, 213.

¹⁷Sobre el control de convencionalidad véanse por ejemplo los trabajos de M. Quinche (2009): «El control de convencionalidad y el sistema colombiano», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 163, núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190, disponible en <http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/179_206.pdf>; y N. P. Sagüés (2010): «Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano», en *La Ley*, Buenos Aires, 11.8.2010.

¹⁸Sobre la tendencia armonizadora y homogeneizadora que traería como efecto la existencia de un derecho global y que tendría como eje la armonización de los sistemas de derechos humanos véase C. Ayala (2004): «La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional», en *Foro Constitucional Iberoamericano*, Universidad Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado, n.º 7, 2004, pp. 1-74.

Otro ámbito en el cual la exploración sobre el proceso de globalización del derecho es más avanzada, es el del comercio internacional (especialmente en lo relacionado con el arbitraje internacional y con contratos internacionales) en cuanto a la definición de estándares globales, su incorporación en los Estados, sus implicaciones para la soberanía y para la creación o no de un derecho global.

Finalmente, se resaltan algunos estudios que se acercan a un tipo comprensión del fenómeno más sistemático,¹⁹ los cuales han tratado sobre los regímenes contra el lavado de activos²⁰ y sobre la salud pública.

7. Ausencia de exploración de los efectos e impactos jurídicos en lo internacional y en lo nacional

En relación con la anterior tendencia, se observa que el tratamiento sobre los impactos y los efectos jurídicos se deja plasmado sin mayor trascendencia e implicaciones para los sistemas jurídicos.

Así, para el caso del sistema interamericano de derechos humanos, no obstante la descripción y explicación de la normativa procesal y sustancial y de la incursión en debates sobre su armonización con los sistemas nacionales, es común encontrar poca exploración que caracterice los efectos e impactos jurídicos tanto en lo nacional como en lo internacional. Si bien este es el ámbito donde más se exploran los efectos e impactos jurídicos, el análisis se queda entre las fronteras relacionales de los derechos humanos, el derecho internacional y el derecho constitucional. Faltaría entonces el análisis de más tensiones que permitan verificar impactos (cambios) en el sistema jurídico mismo (por ejemplo, por choques con otros sistemas).

Por lo general, las *tensiones en lo jurídico* se plantean en temas relacionados con políticas y normas de inmigración, pluralismo jurídico (población indígena), sistema interamericano de derechos humanos e inversión extranjera. Sin embargo, hay una mayor inclinación por dejar solamente enunciada la tensión y aparición de nuevas fuentes del derecho.

Dentro de la exploración que se hace sobre los efectos jurídicos de la globalización del derecho, la aparición o reinterpretación de principios es un tema que se resalta en la bibliografía estudiada. Así, se hace referencia a la evolución, origen o modificación de estos principios, tanto jurídicos como políticos, pero no es común encontrar estudios enfocados en descubrir los efectos jurídicos de su aplicación, ni las razones de por qué surgen esos principios y no otros. Así, sobre el acercamiento a los principios desde distintos enfoques, pueden verse los trabajos de Aguirre, Kingsbury y Domingo.²¹

¹⁹ También en el ámbito norteamericano se ha pretendido desarrollar (en el proyecto de «Derecho global administrativo», GAL) un enfoque que permita comprender estos procesos, mediante el reconocimiento del debate *hard law-soft law* y el análisis *top down-bottom up*, posiciones que «reúne en un marco teórico, desafiando categorías restrictivas del sistema de derecho internacional» (Ratton, 2010, p. 9).

²⁰ M. Rocha, G. Jorge (2009). «Los regímenes contra el lavado de activos en el contexto del derecho administrativo global», en B. Kingsbury et al. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Rap, pp. 425-450.

²¹ A. Aguirre: «Principios contemporáneos del derecho internacional en la globalización», en *Frónesis*, vol. 11, n.º 2, Maracaibo, 2004, pp. 9-33; B. Kingsbury, N. Krisch, R. Stewart: «The emergence of global administrative law», en *Law and contemporary problems*, 68(3-4), 2005, pp. 15-62; R. Domingo: «Diez principios de derecho global», en *Actualidad Jurídica*, n.º 171, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 337-345.

Finalmente, se considera que la exploración que hacen algunos autores tiende hacia el siguiente esquema: se parte de la globalización económica, para derivar de ahí un tema jurídico que finalmente concluye en la existencia de efectos en lo social o en lo político. Esta inclinación, que podría denominarse *multidisciplinaria*, puede también ser una limitante de la evolución del conocimiento en lo que al campo jurídico se refiere.

8. Existen puntos de acceso para investigar los impactos de la globalización del derecho en el sistema jurídico

La bibliografía en lengua española contiene ciertas claves de entrada para acercar los estudios actuales o futuros al análisis de los impactos (cambios) en el sistema jurídico. De lo hasta ahora observado (en la bibliografía seleccionada), se pueden advertir los siguientes:

- El reconocimiento de un *punte* entre los derechos de tipo comercial y los derechos a la salud, al medio ambiente y, en general, los derechos humanos. Esto permite aumentar el estudio sobre las tensiones entre sistemas legales.
- El énfasis y desarrollo que se da a los estándares internacionales y al principio de progresividad en la protección a las víctimas puede ayudar a enfocar los estudios hacia los cambios en el sistema de fuentes del derecho, en las políticas públicas y en el concepto de Estado de derecho con sus correspondientes implicaciones para otras ramas del derecho.
- La propuesta de ver el derecho global como un derecho que privilegie los derechos humanos, el pluralismo y el valor de la sociedad civil. Este enfoque podría usarse para abrir el diálogo sobre el cambio en el esquema y priorización de principios del derecho.
- Las consideraciones que ven en los sistemas del *common law* elementos más apropiados para el funcionamiento del derecho global²² son un punto de acceso que permitiría abrir las discusiones sobre las tensiones, adaptaciones y cambios de las distintas familias jurídicas en la globalización del derecho. Así por ejemplo, el diálogo entre la variedad de tradiciones jurídicas se ha planteado como uno de retos para proponer la existencia de un derecho administrativo global.²³
- La elaboración de estudios comparados, como se ha iniciado recientemente en el campo del derecho administrativo «no solo entre el componente nacional y los ultraestatales, sino también entre los propios componentes ultraestatales».²⁴

²² R. Domingo, o. cit.

²³ M. Ratton, o. cit.

²⁴ J. Ponce: *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid: INAP, Marcial Pons, 2010.

9. Existe mayor espacio de profundización en lo jurídico cuando se trata de dar respuestas para enfrentar o asumir los efectos de la globalización del derecho

La forma apresurada en que es asumida la globalización del derecho (en cuanto, como se observa de los puntos anteriores, no hay un estudio completo para entender el fenómeno, lo cual es más evidente en los textos con un enfoque antiglobalizante) también supone que existe una preferente inclinación hacia la búsqueda de respuestas por el derecho, para enfrentar o asumir la globalización jurídica.

Esta inclinación deja ver que, cuando se trata de generar respuestas frente a la globalización, hay un mayor espacio para el desarrollo de *lo jurídico*.

Las respuestas que hasta el momento se han detectado para enfrentar o asumir los efectos de la globalización del derecho son:

- *Regular las inversiones transnacionales*. Este punto da un llamado de atención para que especialmente en los países en desarrollo se aumente la regulación que se hace de estas inversiones con el objeto de proteger de forma más adecuada las garantías administrativas y los derechos fundamentales de la población del país receptor.²⁵
- *Establecer mecanismos de control*. De la mano con la respuesta anterior, también se resalta la importancia de contar con mecanismos que tengan en cuenta el concepto de *accountability*, así como el establecimiento de controles constitucionales y legales frente a las formas de recepción de normas globales.
- *Crear un sistema de principios regulatorios*. Pretende generar un sistema de principios regulatorios para propender a unas bases y desarrollo coherente del derecho global; particularmente se plantea tal necesidad en lo que se refiere a la conformación del derecho administrativo global.
- *Fortalecer y aumentar los mecanismos de participación*. Esta respuesta del derecho se plantea como una vía para incrementar la legitimidad democrática de las normas adoptadas por los nuevos sujetos de la globalización del derecho. Mediante la participación de grupos de ciudadanos y el desarrollo de principios e instituciones democráticos en el nivel global, que permitan la inclusión de sectores como la sociedad civil y las ONG.
- *Concertar visiones frente a los derechos humanos*. El reconocimiento de la discusión frente a los derechos humanos lleva a considerar como necesario crear instrumentos jurídicos que garanticen un «equilibrio entre mecanismos que faciliten el reconocimiento de las diversas identidades culturales y aquellos que hagan posible la integración».²⁶

²⁵ E. Nino: «Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global?», en B. Kingsbury et al., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires: Rap, 2009.

²⁶ P. A. de Miguel Asencio, o. cit.

Bibliografía

- AGUIRRE, A.: «Principios contemporáneos del derecho internacional en la globalización», en *Frónesis*, vol. 11, n.º 2, Maracaibo, 2004, pp. 9-33.
- AYALA, C.: «La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional», en *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 7, Universidad Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado, 2004, pp. 1-74.
- DE MIGUEL ASENCIO, P. A.: «Algunas tendencias jurídicas de la globalización», en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*, colección Escuela Diplomática, n.º 7, Madrid, BOEAE/DIRI, 2003.
- DOMINGO, R.: «Diez principios de derecho global», en *Actualidad Jurídica*, n.º 171, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 337-345.
- FAZIO VENGOA, H.: ¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación, Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2011.
- GARRIDO, L.: «Las desigualdades negociales y la trascendencia del poder en la negociación contractual», en *Vniversitas*, n.º 115, enero-junio 2008, p. 213.
- GONZÁLEZ, A.: «Introducción: Globalización y derecho. Una visión desde la Organización Mundial del Comercio», en J. PONCE (coord.). *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: INAP, Marcial Pons, 2010, pp.15-32.
- GRAHAM, J.: *La desnacionalización del derecho internacional*. México: Universidad de Monterrey, 2010.
- HECKER, C.: «El acceso a la justicia y la inversión extranjera», en *Actualidad Jurídica*, n.º 22, Universidad del Desarrollo, julio 2010, pp. 205-214.
- KINGSBURY, B., N. KRISCH, R. STEWART: «The emergence of global administrative law», en *Law and contemporary problems*, 68(3-4), 2005, pp. 15-62. <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Versión traducida al español en: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>> [1.3.2011].
- MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- NINO, E.: «Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global?», en B. KINGSBURY et al., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires: Rap, 2009.
- PÉREZ, M.: «Dinámicas de la nueva dimensión globalizada del régimen comercial multilateral: Reconocimiento de nuevos sectores y participación de partes no estatales en el sistema de la OMC», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 8, 2004. <<http://www.reei.org/reei8/reeei.8.htm>> [1.3.2011].
- PONCE, J.: *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid: INAP, Marcial Pons, 2010.
- QUINCHE, M.: «El control de convencionalidad y el sistema colombiano», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 163, n.º 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190. <http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/179_206.pdf>.
- RATTON, M.: «El Proyecto “Derecho Administrativo Global”: Una reseña desde Brasil, octubre 2008», en *Revista de Derecho Público* 24, marzo 2010, pp. 3-16. <<http://www.iilj.org/GAL/documents/2010Spanish.RattonSanchez.pdf>>.

ROCHA, M., G. JORGE: «Los regímenes contra el lavado de activos en el contexto del derecho administrativo global», en B. KINGSBURY et al.: *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Rap, 2009, pp. 425-450. <<http://www.iilj.org/GAL/documents/GALBAbook.pdf>> [1.3.2011].

SAGÜÉS, N. P.: «Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano», en *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010.

