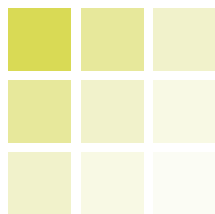


01



JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

APORTES DE ARGENTINA,
BOLIVIA, BRASIL, CHILE, PERÚ,
URUGUAY Y VENEZUELA

2009

EDITORES ■

Víctor Bazán ■

Claudio Nash ■



**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

**APORTES DE ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL,
CHILE, PERÚ, URUGUAY Y VENEZUELA**

2009

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**
APORTES DE ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL,
CHILE, PERÚ, URUGUAY Y VENEZUELA
2009

Editores
V́ctor Bazán
Claudio Nash



© 2010 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 URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius.montevideo@kas.de

www.kas.de

Editora responsable

Gisela Elsner

Asistentes de redacción

Agustina González

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctora

Susana Aliano

Diseño y armado

Manosanta desarrollo editorial

Depósito legal 352 999/10 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN: 978 9974 8232 2 8

Impreso en Uruguay - Printed in Uruguay

por Manuel Carballa en junio de 2010

Esta publicación se distribuye 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.

Sumario

Presentación	9
Prólogo	11
Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina <i>Víctor Bazán</i>	15
Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia <i>José Antonio Rivera Santivañez</i>	33
Justiça constitucional dos direitos fundamentaisno Brasil: Report 2008/09 <i>Leonardo Martins</i>	43
Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales <i>Claudio Nash / Paz Irarrázabal</i>	55
Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano <i>César Landa</i>	69
El derecho a la salud y a recibir el mejor tratamiento médico, y la jurisprudencia uruguaya <i>Martín Riso Ferrand</i>	81
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Venezuela <i>Jesús M. Casal</i>	87

Presentación

El derecho y la justicia constitucional se remontan a los orígenes del Programa Estado de Derecho. Fueron, incluso, una de las razones de su creación, y hoy constituyen áreas claves de trabajo, a las que se dedica gran parte de las actividades. Los Encuentros de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina y el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (que va ya por su 16.^a edición) demuestran, en los hechos, el lugar de privilegio que ocupa el derecho constitucional en el Programa.

En ese sentido, el año pasado se apostó a constituir un grupo de expertos en la materia, provenientes de distintos países de América Latina. Dicho grupo permitiría reflejar el estado de situación de varios países latinoamericanos en lo referente al derecho constitucional y a los derechos fundamentales. A su vez, se constituiría como «observador» del estado de la jurisdicción constitucional, en relación con la independencia judicial, pues, si bien hubo avances en ese sentido, existen aún graves problemas marcados por la influencia de la clase política en el Poder Judicial. Por otra parte, los académicos, operadores del derecho y políticos interesados en temas de justicia tendrían la posibilidad de recurrir a las publicaciones anuales del grupo, para informarse en forma fundada sobre la actividad de la justicia constitucional en el continente.

El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, representado por el Dr. Claudio Nash, acompañó esta iniciativa y juntos organizamos la primera reunión de expertos, que tuvo lugar en Santiago de Chile. Este año llevaremos a cabo la segunda reunión en Montevideo, con un grupo ampliado, que incluye académicos y operadores jurídicos de once países latinoamericanos. Cabe destacar que durante sus reuniones los miembros del grupo se vinculan con actores jurídicos uruguayos estatales y no estatales (por ejemplo, con las ONG que se ocupan de la defensa de los derechos humanos), a fin de intercambiar opiniones y reflexiones sobre los temas de su trabajo, siendo especialmente relevante la situación del país donde se lleva a cabo la reunión. Todas estas experiencias se vuelcan, en definitiva, en la publicación anual.

El seguimiento anual de la evolución del derecho constitucional y de la justicia constitucional en cada país latinoamericano representado en el grupo, el impacto

de las reformas constitucionales, si las hubiera, los avances o retrocesos en materia de independencia judicial y en las garantías para la protección de los derechos fundamentales, son los ejes del trabajo permanente de los miembros del grupo. La jurisprudencia de los órganos de control jurisdiccional de constitucionalidad, sean Tribunales o Salas Constitucionales, como Supremas Cortes, ocupa también un lugar fundamental. Así, se compilan y analizan, con una mirada crítica, sus fallos más relevantes que ofician como «termómetro» de la situación real de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. De esta manera, se procura complementar la visión teórica y académica con el día a día de la jurisdicción constitucional. La relación entre teoría y práctica se favorece aún más por la actividad y experiencia de los miembros del grupo, que integra no solo a académicos y profesores de prestigiosas universidades, sino a verdaderos operadores del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, ya sea mediante el ejercicio de la abogacía o por su carácter de magistrados de órganos con jurisdicción constitucional.

El trabajo del grupo se enmarca a la perfección dentro de los objetivos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, a saber, el apoyo a la democratización y el aporte al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico eficiente, basado en principios del Estado de derecho, como centro de cada sistema democrático. A su vez, facilita la integración regional entre académicos y permite ofrecer una mirada al derecho y a la justicia constitucional desde diversas realidades jurídicas.

Por último, deseo agradecer muy especialmente al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su valiosa cooperación, al Dr. Nash y al Dr. Bazán, editores de la obra, y, por supuesto, a todos los autores.

Estamos seguros de que el grupo continuará su labor con mucho éxito en el futuro, y que esta publicación será la primera de una larga serie de obras. Descontamos que el presente libro constituirá un aporte para el estudio y la discusión sobre el estado del derecho constitucional, la justicia constitucional y los derechos fundamentales en América Latina, tanto en la dogmática como en la práctica.

Gisela Elsner

Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Oficina Regional Montevideo
Fundación Konrad Adenauer

Prólogo

- I -

El presente libro refleja el inicio de una vertiente de investigación diseñada por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Chile, consistente en la realización de reuniones regionales anuales de trabajo en torno a la temática global *justicia constitucional y derechos fundamentales*, cuya génesis se asocia, en definitiva, a la preocupación de las instituciones organizadoras (y de los expertos que integran el proyecto) por los avances, problemas y desafíos de la protección de los derechos humanos en el ámbito de la justicia constitucional de los países latinoamericanos.

Específicamente, en el libro se recogen los aportes de quienes participaron en la fructífera I.^a Reunión Regional de Trabajo, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, del 19 al 21 de agosto de 2009.

A dicha actividad inaugural fueron invitados expertos de los siguientes países: *Argentina* (Víctor Bazán), *Bolivia* (José Antonio Rivera Santivañez), *Brasil* (Leonardo Martins), *Chile* (Claudio Nash), *Colombia* (Humberto Sierra, quien se excusó por no asistir), *Perú* (César Landa), *Uruguay* (Martín Riso) y *Venezuela* (Jesús María Casal, quien si bien se dispensó de concurrir, envió su contribución escrita que forma parte de esta publicación).

- II -

La idea central del proyecto en cuestión apunta a la conformación de un grupo de trabajo con los citados especialistas y con algunos más, provenientes de otros países que se irán sumando paulatinamente, para que, por medio de diversos y nuevos puntos de vista, se contribuya al análisis y la ponderación del nivel de protección constitucional e internacional de los derechos humanos en el área latinoamericana.

Naturalmente, tal tarea debe ser complementada con el examen de la labor que los operadores judiciales, las organizaciones no gubernamentales y los investigadores y académicos, entre otros importantes actores sociales, vienen llevando a cabo en dicha región para lograr una sustentable tutela de los derechos y garantías fundamentales.

En esa línea, se pretende instalar un espacio de intercambio y reflexión que posibilite la creación de vías de seguimiento del desarrollo constitucional de los derechos fundamentales, para procurar establecer de modo gradual los umbrales mínimos exigibles a nuestros Estados en la materia. Paralelamente, se procuran denunciar de modo fundamentado los retrocesos que pudieran acontecer en este ámbito, para contribuir a su superación.

- III -

La aludida reunión inicial se realizó en dos etapas. La primera consistió en un intercambio de experiencias comparadas sobre la situación de los derechos fundamentales en la justicia constitucional de los países a los que pertenecen los expertos participantes (avances, temas centrales, problemas, críticas, etc.), mediante sucesivas exposiciones de las realidades vernáculas, cada una de las cuales fue seguida de un diálogo con el resto de los especialistas. La segunda estuvo destinada al intercambio de ideas sobre las proyecciones del grupo de seguimiento de la justicia constitucional y los derechos fundamentales, con el objetivo de dar a tal iniciativa continuidad en el tiempo.

Así, se fue plasmando la materia prima de este libro y perfilando la metodología de trabajo, para dotar de cierta uniformidad a las presentaciones encomendadas a los participantes, sin coartar, por supuesto, la libertad de cada uno de estos para subrayar los elementos adicionales que estimaran de interés, según las particularidades de cada espacio nacional.

En respuesta a las consignas sugeridas, cada experto seleccionó un conjunto de sentencias del órgano de cierre de la justicia constitucional de su respectivo país, que consideró representativas de la situación en la que se encuentra el tratamiento de los derechos fundamentales. Tal acervo de fallos fue agrupado por nación y figura en el disco compacto (CD) que acompaña a esta obra.

Por su parte, el contenido literal del libro está compuesto por un estudio particularizado a cargo de cada uno de los ocho autores, escindido en dos segmentos: el primero consta de una explicación del correspondiente sistema de justicia constitucional que contextualiza las decisiones escogidas; el segundo ofrece un conciso comentario de cada una de ellas, para delinear un panorama sintetizado de su contenido y su importancia.

- IV -

En definitiva, y para componer un rico y policromo paisaje informativo y analítico, complementado con el texto completo de las sentencias recopiladas en soporte

electrónico, la obra en papel toma cuerpo con los siguientes siete trabajos, que se suceden siguiendo el orden alfabético de los países analizados:

1. «Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina», por Víctor Bazán.
2. «Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia», por José Antonio Rivera Santivañez.
3. «Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2008/09», por Leonardo Martins.
4. «Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales», por Claudio Nash y Paz Irarrázabal.
5. «Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano», por César Landa.
6. «El derecho a la salud y a recibir el mejor tratamiento médico, y la jurisprudencia uruguaya», por Martín Risso Ferrand.
7. «Justicia constitucional y derechos fundamentales (Venezuela)», por Jesús M. Casal.

- V -

Para finalizar, solo resta dejar testimonio de nuestro reconocimiento al Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Chile, por la importante iniciativa conjunta que idearan para dar vida al grupo de trabajo.

Asimismo, expresamos nuestro sincero agradecimiento a los expertos que, con responsabilidad y rigor académico, sumaron sus esfuerzos para que la iniciativa cobrara impulso, se fortaleciera y permitiera hoy ofrecer a los lectores este emprendimiento editorial, en cuyo ADN se puede descubrir una aspiración convergente: *la búsqueda de la maximización del respeto y la realización de los derechos fundamentales, que son expresión directa de la dignidad de la persona.*

Víctor Bazán y Claudio Nash, editores

San Juan, República Argentina, y Santiago, Chile, mayo de 2010

Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina

Víctor Bazán*

I. CONTEXTO

1. Breve explicación del sistema argentino de justicia constitucional

La Argentina es un Estado federal, en el que conviven el sistema judicial federal con los esquemas jurisdiccionales propios de cada una de las veintitrés provincias y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El modelo de control de constitucionalidad en el orden federal es *judicial* y *difuso*, en el sentido de que lo realizan de modo desconcentrado los jueces, independientemente de su fuero o jurisdicción. Al respecto, si el órgano judicial que intervino declara la inconstitucionalidad de una norma o un acto, tal decisión tiene efectos para la causa específica y entre las partes del proceso (*inter partes*), esto es, aquellos no son expelidos del ordenamiento jurídico, sino que no se aplican en ese litigio particular. Es que se trata de un control en *concreto*, lo que supone que debe darse en una causa justiciable y quien lo promueve debe estar involucrado o tener un derecho o interés jurídico particulares en la cuestión a la que se refieren la norma o el acto que se reputan, total o parcialmente, contrarios a la Constitución.

Como se sabe, el modelo de fiscalización constitucional argentino fue tomado del sistema estadounidense (*Judicial Review*), perfilado en el fallo *Marbury vs. Madison*¹ (1803) bajo la impronta de Marshall, sin perjuicio de algunas pinceladas

* Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del curso intensivo de Posgrado en Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos, de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y, paralelamente, director de la Sección Derechos Humanos de dicha Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

1 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

referentes al control judicial de constitucionalidad en ciertos antecedentes del *Common Law* y de la doctrina de *El Federalista*.²

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también la Corte Suprema), cabeza del Poder Judicial nacional, es el órgano jurisdiccional máximo, actualmente integrado por siete miembros,³ y no se encuentra dividido en salas. Cabe señalar, por tanto, que en Argentina no existe un tribunal constitucional formalmente configurado con competencia constitucional concentrada, como sí sucede, por ejemplo y con sus respectivas particularidades, en Chile, Perú, Colombia, Guatemala, etcétera.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema viene dando muestras, en algunas de sus sentencias y acordadas, de estar dispuesta a tonificar su rol institucional, «marcando su terreno» como cabeza de uno de los poderes del Estado, a lo que se suma que se muestra decidida a concentrar sus esfuerzos y recursos, de modo primordial, en el tratamiento de cuestiones de real magnitud constitucional y relevante trascendencia jurídica.

Tal escenario hace presumir que la Corte busca rediseñarse institucionalmente, para asimilarse, *mutatis mutandis*, a un tribunal constitucional desde el prisma material, pues una vertebración escrupulosamente formal en tal sentido requeriría una adecuación constitucional y legal. A modo de matización, y mientras se mantenga el escenario constitucional e infraconstitucional actual, aquella aserción que pone en evidencia el itinerario seguido por la Corte no implica prescindir del componente difuso o desconcentrado que, secularmente, ha tipificado el sistema de control de constitucionalidad de Argentina.

En todo caso, esta observación solo intenta deslizar que se avanza funcionalmente hacia la estructuración de un esquema mixturado de fiscalización constitucional.

Ciertamente, para comprender de modo cabal algunas de las claves del proceso de reacomodamiento fisonómico e institucional de la Corte Suprema, es preciso erradicar determinados preconceptos como el de la división maniquea entre el modelo kelseniano y el paradigma estadounidense (*Judicial Review*) de control de constitucionalidad. Es que la realidad de la praxis procesal constitucional

2 Ver, por ejemplo, TREATOR, William M.: «Judicial Review Before Marbury», *Stanford Law Review*, vol. 58, n.º 2, 2005, pp. 455 y ss.

3 En el futuro, cuando se produzcan vacantes definitivas en los cargos ocupados por los actuales componentes del Tribunal, estas no serán cubiertas hasta que se alcance la cantidad de cinco integrantes que, por imperio de la ley 26183 (publicada el 18 de diciembre de 2006), constituye el nuevo número institucional que definitivamente deberá tener el Tribunal.

latinoamericana comparada demuestra el avance sostenido de la vertebración de magistraturas constitucionales especializadas, con diversos rasgos morfológicos y localizaciones institucionales, y la «hibridación» de los sistemas de fiscalización constitucional, abriendo paso a numerosas fórmulas de combinación de los regímenes europeo, austríaco, kelseniano o concentrado, y desconcentrado o difuso.

2. El impacto de la reforma constitucional de 1994 en el campo de los derechos fundamentales

Es una realidad incontrastable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en el terreno de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido y sin ánimo alguno de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos (v. gr., arts. 37, 41, 42 de la Constitución Nacional [en adelante: CN]); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus* y *habeas data* (art. 43, *ibíd.*); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16, *ibíd.*) con la *igualdad material* (arts. constitucionales 37 y 75, incs. 2, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2.º, *ibíd.*),⁴ que hacen que la antigua figura de la pirámide, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de trapecio, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante retroalimentación, la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos, con idéntica valía.

Este último factor (la adjudicación de valor constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada), a su vez, ha generado no pocos efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en nómina

4 Los instrumentos internacionales beneficiarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

no exhaustiva: la amplificación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos y explícitos; la instauración de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la ineludible responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de estos.

Paralelamente a la citada dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos por la Convención Constituyente de 1994 o, posteriormente, por el Congreso de la Nación,⁵ la mencionada innovación constitucional también ha producido, *inter alia*, la necesidad de asegurar el (remozado) principio de igualdad mediante acciones positivas y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de «afianzar la justicia». Todo ello fortalece la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, obliga al Estado argentino y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las exigencias internacionales asumidas en tal ámbito.

II. LAS SENTENCIAS SELECCIONADAS Y SU RELEVANCIA

1. Sumaria presentación

La importancia de la problemática de los derechos humanos aparece con renovado vigor en varios fallos recientes, y otros relativamente cercanos en el tiempo, emitidos por la Corte Suprema.⁶

5 A la nómina primigenia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria contenida en el art. 75, inc. 22, párr. 2.º de la Ley Fundamental, se han añadido, con idéntica alcurnia (aunque derivada), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha derivado tal calidad por medio de la ley 24820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (a la que se le ha conferido esa valía mediante la ley 25778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

6 Sería injusto omitir que, con distinta composición de la actual, ya en «Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros» (Fallos, 315:1492), del 7 de julio de 1992, o sea, anterior a la reforma constitucional de 1994, la Corte había sentado un muy valioso criterio en cuanto a la valencia prioritaria del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

La mencionada impronta, enfocando principalmente, según corresponda, el marco de los derechos civiles y políticos, de los derechos sociales y/o de los derechos de incidencia colectiva, se hace patente, en nómina meramente enunciativa y en orden cronológico, en: *Verbitsky, Horacio*, del 3 de mayo de 2005;⁷ *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, causa n.º 17768, del 14 de junio de 2005;⁸ *Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros*, del 20 de junio de 2006;⁹ y otros posteriores; *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad*, del 13 de julio de 2007;¹⁰ *Editorial Río Negro S.A. c/Provincia del Neuquén s/acción de amparo*, del 5 de setiembre de 2007;¹¹ y *Halabi, Ernesto c/P.E.N., ley 25873, Dec. 1563/04 s/amparo ley 16986*, del 24 de febrero de 2009.¹²

2. Los fallos

A) *Verbitsky*

El representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) dedujo ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus* correctivo y colectivo, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería haber sido en centros de detención especializados.

El planteo fue desestimado por la Sala III de la Cámara de Casación Penal local, por considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad, en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

7 *Fallos*, 328:1146.

8 *Fallos*, 328:2056.

9 *Fallos*, 329:2316.

10 *Fallos*, 330:3248.

11 *Fallos*, 330:3908.

12 Causa 'H.270.XLII'

Ello llevó al actor a plantear sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia provincial, frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa (recurso de queja) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, por mayoría,¹³ revocó la sentencia en cuestión.

En síntesis, la Corte Nacional admitió la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Para operativizar el fallo, dispuso, además:

- declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660,¹⁴ configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hiciera cesar en el término de sesenta días la detención de menores y enfermos en comisarías de la provincia;
- instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención, que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remitiera a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que constaran las condiciones concretas en que se cumplía la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que estos pudieran ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien dispusieran medidas de cautela o formas menos lesivas de ejecución de la pena. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;

13 La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente, aunque solo en forma parcial, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

14 B.O. del 16 de julio de 1996.

- disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informara a la Corte Nacional las medidas que adoptara para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y ex-carcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales; y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, articulara la convocatoria de una mesa de diálogo a la que debía invitar a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiarum*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

El fallo es novedoso (aunque sigue resultando de difícil cumplimiento), entre otros aspectos, porque la Corte, activismo mediante, diseñó un remedio jurisdiccional para combatir las omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, v. gr., del art. 18 de la CN y de los arts. XXV de la DADDH (todo individuo «tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad»), 10 del PIDCP («toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano») y 5, inc. 2.º, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término), ver consid. 39 de la mayoría.

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660, a nivel de estándar básico infranqueable, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención, para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cf. íd. consid.).

Paralelamente, fue la primera vez que la Corte admitió un *hábeas corpus* correctivo colectivo en protección de los derechos fundamentales de personas privadas de su libertad, para intentar, *inter alia*, garantizarles un encierro en condiciones carcelarias mínimas aceptables.

B) *Simón*

El Tribunal¹⁵ afrontó el complejo tema del análisis de constitucionalidad de las leyes 23492¹⁶ de Punto Final y 23521¹⁷ de Obediencia Debida, a las que declaró inconstitucionales.

A modo de preludio, vale recordar que la primera de ellas disponía la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23049,¹⁸ que no estuviere prófugo o declarado en rebeldía, o que no hubiera sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la ley (o sea, el 24 de diciembre de 1986); mientras que en las mismas condiciones se extinguiría la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983 (art. 1).¹⁹

Por la segunda de ellas, en su art. 1 se estableció la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley n.º 23049²⁰ por haber obrado en virtud de obediencia debida. Idéntica presunción se aplicaba a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resolvía judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de la ley (esto es, el 8 de junio de 1987),

15 El esquema de votación fue el siguiente: la moción que encabeza el fallo fue firmada por el doctor Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los consids. 1 a 11 del voto del doctor Petracchi), Argibay (quien concuerda con los consids. 1 a 6 del mencionado voto del ministro Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el doctor Fayt se expidió en disidencia.

16 B.O. del 29 de diciembre de 1986.

17 B.O. del 9 de junio de 1987.

18 B.O. del 15 de febrero de 1984, modificatoria del Código de Justicia Militar. Ilustrativamente, debe advertirse que el mencionado Código ha sido derogado por ley 26394, publicada el 29 de agosto de 2008 y que entró en vigor en febrero de 2009, es decir, seis meses después de su promulgación, acaecida el 26 de agosto de 2008.

19 Quedaban fuera de la citada extinción las acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores (art. 5).

20 El art. 10, inc. 1.º, de la ley 23049 (B.O. del 15 de febrero de 1984) se refería a los delitos cometidos «desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de setiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo».

que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En los casos descriptos se consideraría de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción, bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.²¹

Al mismo tiempo, determinó a todo evento de ningún efecto, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyan, al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la nación argentina.

Presentado en breves líneas, se observa que en el consid. 23 de la moción triunfante, la Corte Suprema puntualizó que las dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino en relación con aquellas leyes habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Barrios Altos vs. Perú*.²²

Para enfatizar la posición que adoptaba, en el consid. siguiente dejó en claro que la traslación de las conclusiones de *Barrios Altos* al caso argentino «resulta imperativa», si es que las decisiones de la Corte IDH «han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales», al tiempo de subrayar (en el consid. 26) que en dicho fallo internacional esta «estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de “pacificación”, disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos, perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida».

Como todo debe decirse, el fallo generó polémicas y despertó algunas críticas en cuanto a que la tendencia del Tribunal se dirige a generar una suerte de estándar dual: ser permeable a la reapertura de procesos en contra del denominado

21 En el art. 2 de la ley se determinó que la citada presunción no sería aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles.

22 La referencia completa es la siguiente: *Corte IDH, caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*, sentencia sobre fondo, 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, San José de Costa Rica.

terrorismo de Estado y, paralelamente, refractario a adoptar idéntico criterio en causas contra lo que algunos denominan el terrorismo subversivo.

C) *Mendoza*

El decisorio inicial (resuelto por mayoría²³) será identificado como *Mendoza I*. Se dictó en el marco de un proceso que giraba en torno a la contaminación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y que originó varios pronunciamientos ulteriores sobre contingencias procesales puntuales, incluso el *dictum* definitivo del 8 de julio de 2008,²⁴ en el que, por medio de una sentencia colectiva, prefigura un plan a cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca, creada por la ley 26168²⁵ (entidad a la que pone en funcionamiento), imponiendo sanciones para los casos de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado Nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

En *Mendoza I*, la Corte declaró su incompetencia originaria en razón de la distinta vecindad o de extranjería (art. 117 de la CN) frente a reclamos resarcitorios dirigidos contra la nación, un Estado provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas, por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente (en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la mencionada cuenca), al no verificarse el recaudo de «causa civil» exigido por el señalado art. 24, inc. 1.º, del decreto ley 1285/58.²⁶

Paralelamente, habilitó aquella modalidad competencial originaria, en relación con la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y resarcir un daño de incidencia colectiva (a causa del vertido de dicho tipo de residuos en el curso de la aludida cuenca) frente al carácter federal de la materia en debate —art. 7 de la ley 25675 (ley General del Ambiente)²⁷—, al haberse demandado conjuntamente, entre otros sujetos, a la nación y a un Estado provincial.

En otras palabras, declaró su incompetencia originaria para conocer de la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y abrió su

23 Formaron la mayoría del Tribunal los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay. A su tiempo, por su voto se expidió el doctor Fayt.

24 *Fallos*, 331:1622. Fue suscripto por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

25 B.O. del 5 de diciembre de 2006.

26 Publicado el 7 de febrero de 1958.

27 B.O. del 28 de noviembre de 2002.

competencia originaria en relación con las pretensiones concernientes a la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo.

Una resolución posterior, del 22 de agosto de 2007, en el mismo caso, que ilustrativamente podríamos denominar *Mendoza VII*, fijó una serie de reglas que debían observarse en su tramitación (proceso colectivo), de excepcional naturaleza, cuyo objeto procesal era la tutela del bien colectivo (contaminación del río Matanza-Riachuelo), teniendo como prioridad absoluta la prevención y la recomposición del daño. La fijación de dichas pautas se sustentaba, según palabras de la Corte, «en la necesidad de encauzar su trámite mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustrara ni distorsionara los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por el Tribunal de su jurisdicción constitucional».

A su turno, en el citado decisorio central del 8 de julio de 2008 (que dirimió las pretensiones que tenían por objeto «la recomposición y la prevención» en el marco de un proceso «urgente y autónomo»), y entre otros puntos resolutive, la Corte adjudicó competencia exclusiva al 1.º Juzgado Federal de Quilmes, para conocer en todas las cuestiones atinentes a la ejecución de la sentencia y para entender en los recursos de revisión contra las decisiones finales adoptadas por la autoridad de la Cuenca; aunque, paralelamente, mantuvo para sí la tramitación de la causa en lo relativo a la reparación del daño colectivo, advirtiendo que el juicio causa litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tuvieran por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando fueran diferentes el legitimado activo y la *causa petendi*.²⁸

28 Por medio de una resolución fechada el 6 de abril de 2010, la Corte dispuso requerir a la autoridad de la Cuenca que contempla la citada ley 26168, al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, en forma conjunta, mediante una presentación única y en un plazo de quince días, realizaran un informe circunstanciado sobre el íntegro y fiel cumplimiento llevado a cabo de todos los mandatos impuestos en la sentencia del 8 de julio de 2008, en el cual deberían señalar, separadamente para cada uno de los objetivos y resultados establecidos, en forma sinóptica, con rigurosa precisión y mediante la utilización de pautas cuantitativas, el grado en que ha sido alcanzado —al 31 de marzo de 2010— cada uno de los objetivos y resultados que integraron el programa de ejecución obligatoria impuesto en el fallo. El resolutorio fue suscripto por los siete ministros que actualmente componen el Tribunal.

Por su parte, el 26 de mayo de 2010, en una resolución unánime, la Corte entendió que la presentación efectuada por la Autoridad de Cuenca no daba adecuada respuesta al informe requerido, pues no establecía, respecto de todos los objetivos y resultados, las pautas cuantitativas exigidas ni el grado en que había sido alcanzado, mediante el concreto porcentaje correspondiente a cada uno de los contenidos. Por tanto, intimó nuevamente a la Autoridad de Cuenca, al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que en el plazo de tres días cumplieran con el informe requerido en la resolución del 6 de abril de 2010.

D) Mazzeo

Por mayoría,²⁹ para moldear su plataforma argumental en un *hard case*, se aportó un relevante enfoque institucional, en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

Para conformar tal matriz de razonamiento receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde esta sostuvo: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que 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. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*» (cursivas del autor).³⁰

En otras palabras, la Corte IDH *retransmite* un claro mensaje a los magistrados internos de los Estados partes de la CADH. En *Mazzeo* es particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante del Máximo Tribunal argentino, en referencia al deber del Poder Judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que, añadimos por nuestra parte, significa discernir si una norma interna es o no convencional, ya que, como expuso la Corte IDH en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucio-

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

30 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, San José de Costa Rica, párr. 124. También lo ha expresado, v. gr., en el caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia sobre Fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, San José de Costa Rica, párr. 173.

nal, sino que la cuestión debe girar en torno a si esta también es convencional, o sea, el órgano jurisdiccional en cuestión debe, además, decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.³¹

A propósito de este tema, consideramos que el *control de convencionalidad*³² por la magistratura local debe ejercerse de oficio. Así, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se subrayó 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 [...]».³³

En la dinámica de interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento, por esta, de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos, para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Sin perjuicio de todo lo mencionado, debe ponerse de manifiesto la controversia dialéctica que entre los miembros del Tribunal, y en el plano doctrinario, provocó la sentencia recaída en *Mazzeo*, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto en crímenes de lesa humanidad, *vis à vis* las garantías constitucionales de la cosa juzgada y de *ne bis in idem*, que seguramente seguirá causando lecturas dispares por la doctrina autoral, en tanto la cuestión es altamente controversial.

31 Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007, serie C, n.º 169, párr. 78.

32 Ver algunas referencias sobre el control de convencionalidad en BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en: «El *amicus curiae*», *La Ley*, Tº 2009-D, Buenos Aires, pp. 1325/1337; «Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria», *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 10 de agosto de 2009, pp. 39/52; y «En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, en prensa.

33 Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, San José de Costa Rica, párr. 128.

E) Editorial Río Negro S.A.

Incuestionablemente, este pronunciamiento ostenta magnitud institucional y valencia exógena, al sentar una sólida posición y fijar ciertas directrices que exceden el marco del caso puntual.

La causa, de competencia originaria de la Corte Suprema, fue dirimida el 5 de setiembre de 2007, para preservar la libertad de expresión, reiterar su enorme trascendencia en una nación democrática y republicana y penetrar en el sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado.

La demanda (acción de amparo) se sustentaba en la disminución y posterior cesación de publicidad oficial en el diario *Río Negro*, por parte del Gobierno de la Provincia del Neuquén. La accionante atribuía tal actitud gubernamental (catalogada de discriminatoria) a que en diciembre de 2002 el diario difundió la denuncia que, el día 7 de ese mes y ese año, un diputado de dicha provincia había efectuado, en el sentido de que el vicepresidente primero de la legislatura local le habría ofrecido un crédito de una entidad, también local, por \$ 640.000, a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador para cubrir las vacantes judiciales que existían en el Superior Tribunal de Justicia local, «con abogados de su confianza».

Por razones de brevedad, nos limitaremos a bosquejar, de modo sumario, algunos puntos que hacen al patrón elaborado por la mayoría³⁴ del Tribunal (consid. 11), que concluyó que: a) medió supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial al diario demandante; b) no hubo motivos razonables para ello, dejándose sentado que la existencia de estos debe ser probada por el Estado; c) se configuró un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales; y d) si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

En relación con esto último, la Corte argumentó que el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero, si decide hacerlo, debe cumplir dos requisitos constitucionales: a) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios sobre

34 Conformaron la mayoría los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el ministro Fayt. Por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al doctor Maqueda, y conjunta a los ministros Petracchi y Argibay.

la base de criterios discriminatorios; y b) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión (ídem. consid.).³⁵

Por lo demás, confirmó que es un deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático (considerando 10 de la moción mayoritaria). Asimismo, se remitió a ciertas pautas sentadas por la Corte IDH en la Opinión Consultiva (O.C.) 5/85, sobre «La colegiación obligatoria de periodistas»³⁶ y en las sentencias recaídas en los casos *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*,³⁷ *Ivcher Bronstein vs. Perú*³⁸ y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*,³⁹ para concluir reafirmando que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social, y que dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (ídem. consid.).

En síntesis, se admitió la demanda y se condenó a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones fueran adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas; no obstante lo cual, se entendió que las modalidades de ejecución deberían diferir necesariamente de las usuales, por lo que, en función de tales condiciones, se requirió a la demandada la presentación, en un plazo de treinta días, de un esquema de distribución de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informaba la decisión que el Tribunal adoptó.⁴⁰

35 En torno a este y otros puntos en materia de libertad de expresión, ver BAZÁN, Víctor. «El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina», *Estudios constitucionales*, año 6, n.º 1, 2008, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 103/154.

36 O.C. 5/85, del 13 de noviembre de 1985, «La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», solicitada por el Gobierno de Costa Rica, serie A: *Fallos y opiniones*, n.º 5, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1985, párr. 69.

37 Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, San José de Costa Rica, párr. 65.

38 Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001, serie C, n.º 74, San José de Costa Rica, párr. 149.

39 Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de julio de 2004, serie C, n.º 107, San José de Costa Rica, párr. 108.

40 Debe hacerse notar que existe un segundo decisorio, dictado el 14 de octubre de 2008 (también un tercero, del 16 de diciembre de 2008, que desestimó un pedido de aclaratoria contra el segundo), en el que la Corte rechazó la presentación que la Provincia del Neuquén (vencida en la causa) efectuó, en la cual aseguraba dar cumplimiento a la obligación indicada mediante el esquema de distribución de publicidad que manifestaba adoptar. Entendió que tal presentación no cumplía con el mandato de hacer establecido en la sentencia y dispuso intimar a aquella provincia para que, en el plazo de quince días, presentara el

F) *Halabi*

Este fallo, por mayoría,⁴¹ *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las «acciones de clase» (*class actions*, en el derecho anglosajón) y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el cuerpo legisferante, definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza que se dedujeran en dicho lapso temporal.

Para arribar a tal conclusión, y entre otros eslabones argumentales, se entendió que la CN admite, en el segundo párrafo del art. 43, una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el supuesto de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

En ese sentido, y si bien se reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, se advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Por ende, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, se consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Se puntualizó al respecto: «No hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia, porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos» (consid. 12 de la mayoría).

Luego se agregó que, «frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*,

esquema de distribución de publicidad oficial que imponía el fallo, bajo apercibimiento de disponer las medidas conminatorias que correspondiesen.

41 La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay, y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular» (íd. consid., cursivas del autor).

En línea con lo que anticipábamos, paralelamente a detectar la mora del legislador y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regularan la materia, se formularon algunas precisiones, a los efectos de que ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la «acción colectiva» que se delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar (consid. 20 de la mayoría).

Por tal razón, se entendió que «la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto, a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos» (íd. consid.).

La sentencia resulta relevante desde el punto de vista de la consolidación de los procesos colectivos, al adherir el Tribunal a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable.

III. OBSERVACIONES FINALES

Las importantes cláusulas de apertura internacional implementadas por conducto de la modificación constitucional de 1994 han sido realizadas operativamente

por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por caso, en cuanto a la existencia de la obligación en cabeza de los magistrados de realizar el *control de convencionalidad*, incluso de oficio, tomando en cuenta no solo el contenido literal de la CADH, sino la interpretación que de esta ha realizado la Corte IDH.

El Tribunal exhibe, asimismo, sobre todo a partir de su actual conformación, una fuerte propensión a receptor en sus pronunciamientos los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace al respeto por las cláusulas de los instrumentos internacionales como a la interpretación de los órganos de supervisión de los distintos sistemas protectorios en la materia, interamericanos (Corte IDH) y universales (Comité de los Derechos del Niño, Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).⁴²

No solo lo ha concretado en materia primordialmente vinculada a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos económicos, sociales y culturales,⁴³ generando un aporte para eliminar los obstáculos que suelen impedir el goce real de estos últimos, que no tienen menor entidad que los civiles y políticos y que, por tanto, no pueden continuar mediatizados al influjo de un malentendido concepto de *progresividad*, pues esta no significa letargo o pasividad estatales *sine die*.

Sea como fuera, el balance de la línea de fallos del Tribunal en materia de protección de derechos fundamentales arroja un saldo positivo, según corresponda, por su impacto y debate sociales, por su carácter innovador o por su complejidad técnica. Asimismo, se observa que la institucionalidad vigente en materia de justicia constitucional ha supuesto un avance en la protección de los derechos fundamentales.

En la dinámica interactiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que el máximo Tribunal debe manejar equilibradamente, siempre habrá de tenerse presente que la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales*.

42 Varias de las cuestiones tratadas en este breve trabajo pueden ser ampliadas, en BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en «La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno», *Revista de Derecho Político*, n.º 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), setiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

43 Sobre el tema, ver de BAZÁN, Víctor, v. gr., «La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales», en el libro dirigido por el mismo autor, *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos), Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257/300.

Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia

José Antonio Rivera Santivañez*

I. EL CONTEXTO EN EL QUE SE EMITIERON LAS SENTENCIAS

El 7 de febrero de 2009, el presidente del estado de Bolivia ha promulgado la Constitución sancionada por la Asamblea Constituyente y refrendada por el pueblo boliviano, mediante referendo realizado el 25 de enero de 2009.

Respecto al control de constitucionalidad, que incluye la protección y resguardo de los derechos humanos, el constituyente ha mantenido el modelo europeo, con la permanencia de elementos del modelo americano, introduciendo algunas modificaciones importantes en relación con la estructura institucional, el Estatuto Jurídico del Juez Constitucional y la garantía jurisdiccional de los derechos humanos.

A lo largo de su historia republicana, el Estado boliviano adoptó diferentes modelos de control de constitucionalidad. Al nacer a la vida republicana adoptó el modelo de control político de constitucionalidad, y encomendó la labor, inicialmente, a la Cámara de Censores del órgano legislativo y, posteriormente, al Consejo de Estado. Este modelo tuvo vigencia entre 1825 y 1878. Luego adoptó el modelo americano o de control judicial difuso de constitucionalidad, y encomendó la labor a todos los jueces y tribunales de justicia. Este modelo tuvo vigencia entre 1868 y 1999. Finalmente, mediante la reforma constitucional de 1994, adoptó el modelo europeo o kelseniano de control de constitucionalidad, y encomendó la labor al Tribunal Constitucional.¹

* Magíster en Derecho Constitucional. Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba.

1 Si bien se adoptó el modelo europeo de control de constitucionalidad mediante la reforma constitucional de 1994, el Tribunal Constitucional recién inició sus labores jurisdiccionales el 1.º de junio de 1999, debido a que el órgano legislativo recién sancionó la ley 1836 del Tribunal Constitucional, el 1.º de abril de 1998.

Por haber encomendado la función de máximo guardián e intérprete de la Constitución al Tribunal Constitucional, el modelo de control de constitucionalidad se podría caracterizar como europeo o kelseniano, lo que en la doctrina clásica se conoce con el nombre de *control concentrado de constitucionalidad*. Sin embargo, no se trata de un modelo puro, pues subsisten rasgos y elementos importantes del modelo americano de la revisión judicial, lo que en la doctrina clásica se conoce como *control difuso de constitucionalidad*.

Dada la configuración del sistema de control de constitucionalidad, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria cumplen un papel importante en el control correctivo de las normas, promoviendo de oficio o a instancia de parte el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que exista una duda razonable sobre la compatibilidad de la ley, con la que se dictara sentencia en el proceso judicial que se tramita, con las normas de la Constitución.

Por otro lado, los jueces y tribunales judiciales ejercen el control de constitucionalidad en el ámbito tutelar, pues el constituyente les ha conferido la competencia extraordinaria a los jueces de partido (jueces de instancia) y a las Cortes Superiores de Distrito (Cortes de Apelación) para que, como parte de la jurisdicción constitucional, puedan conocer y resolver las acciones tutelares de *hábeas corpus*, amparo constitucional y *hábeas data*.

En la reciente reforma constitucional encarada mediante la Asamblea Constituyente, se determinó mantener el modelo europeo de control de constitucionalidad, con algunos elementos del modelo americano. Según las normas previstas por la nueva Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene por misión velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Sin embargo, la labor de control tutelar de los derechos fundamentales la seguirán realizando, en primera instancia, los jueces y los Tribunales Departamentales de Justicia, y el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá las acciones tutelares en revisión de oficio.

Entre las reformas introducidas en la Constitución, en relación con el control de constitucionalidad, el constituyente ha creado dos nuevas acciones tutelares: la acción popular, para la protección de los derechos humanos colectivos y los intereses difusos, y la acción de cumplimiento, para proteger los derechos de las personas que se vean restringidas o amenazadas de restricción por la omisión indebida de los funcionarios públicos en el cumplimiento de las normas de la Constitución o las leyes.

Por lo demás, se ha mantenido la acción de amparo constitucional, que protege todos los derechos humanos, con excepción del derecho a la libertad física, el derecho a la vida, el derecho de autodeterminación informativa y los derechos colectivos, que son protegidos por otras acciones. El recurso de *hábeas corpus* ha sido sustituido por la acción de libertad, que protegerá el derecho a la libertad física o libre tránsito y el derecho a la vida. El recurso de *hábeas data* ha sido sustituido por la acción de protección de privacidad, que protegerá el derecho de autodeterminación informativa.

Además, la nueva Constitución concede legitimación activa a las personas para plantear acción de inconstitucionalidad, para impugnar aquellas disposiciones legales que violen los derechos humanos.

Asimismo, el constituyente ha encomendado al Tribunal Constitucional Plurinacional la labor de conocer y resolver las consultas que le formulen las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos sobre la aplicación de su derecho consuetudinario a un caso concreto; ello para prevenir que en la aplicación del derecho consuetudinario se violen derechos humanos o se infrinjan normas de la Constitución. Finalmente, la nueva Constitución pone como límites al ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina el respeto de los derechos humanos y de las normas de la Constitución.

En el sistema constitucional boliviano, los temas relacionados con la violación de los derechos humanos llegan a conocimiento de los jueces y tribunales de garantías constitucionales por la vía de acciones tutelares; pues las víctimas y el defensor del pueblo tienen legitimación activa para plantear: la acción de libertad, si su derecho a la libertad física o de libre tránsito, o su derecho a la vida han sido restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida; la acción de protección de privacidad, si se ha vulnerado su derecho a la autodeterminación informativa; la acción popular, si se han violado los derechos colectivos o afectado intereses difusos; la acción de amparo constitucional, si se ha violado cualquier derecho humano consagrado por la Constitución o los tratados y convenciones internacionales, con excepción de los derechos que son protegidos por las otras acciones tutelares; la acción de cumplimiento, si por la falta de cumplimiento de un deber imperativo previsto por la Constitución o la ley, se viola o pone en amenaza de violación un derecho humano; el recurso contra resoluciones legislativas, si las resoluciones emitidas por la Asamblea Legislativa Plurinacional o cualquiera de sus cámaras, viola los derechos humanos. También pueden llegar por la vía de la acción de inconstitucionalidad, si una disposición legal viola los derechos humanos para que se proceda a su saneamiento.

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS QUE MARCAN EL AVANCE EN LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La integración de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad

La Constitución boliviana no constitucionalizó todos los derechos humanos.² Ante esa realidad, tomando como premisa esencial que los derechos humanos deben ser resguardados y protegidos por el Estado, el Tribunal Constitucional llevó a cabo una labor de interpretación de los derechos humanos, para lo que aplicó los principios: de la dignidad humana, de la buena fe, *pro homine*, de la fuerza expansiva de los derechos humanos, de la universalidad de los derechos humanos, entre otros. Asimismo, interpretó los derechos fundamentales consagrados en el catálogo de la Constitución, de conformidad con las normas previstas por las declaraciones, tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, así como con la jurisprudencia de los organismos supraestatales de protección de los derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Precisamente, aplicando el principio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, mediante la interpretación integradora, el Tribunal Constitucional ha integrado al bloque de constitucionalidad las declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los que se ha adherido o ha suscrito y ratificado el Estado boliviano.

El Tribunal Constitucional resolvió en revisión el recurso de amparo constitucional por el defensor del pueblo, representante de un boliviano que pertenece a la iglesia Testigos de Jehová, contra el Ministerio de Defensa, en el que se solicitó tutela al derecho a la objeción de conciencia, en relación con el servicio militar obligatorio. Este derecho, según la denuncia planteada, habría sido vulnerado por la autoridad recurrida al obligar a pagar el tributo para que se extendiera la libreta de servicio auxiliar A, con el que se evitaría prestar el servicio militar obligatorio. El defensor del pueblo expuso, como argumento para solicitar la tutela, que su representado, por razones de conciencia religiosa, como testigo de Jehová, no podía prestar el servicio militar obligatorio, ni cancelar el impuesto por la exención otorgada en forma equivocada en su favor como auxiliar A, por no ser la correcta

2 La Constitución de 1967, reformada en los años 1994 y 2004, contenía un catálogo reducido de derechos fundamentales, pues en el artículo 7, con once incisos, solamente consagraba algunos derechos civiles y políticos, algunos derechos económicos, sociales y culturales, y ningún derecho colectivo o de los pueblos.

y porque su propia conciencia religiosa le impedía cooperar de cualquier manera con una institución que tiene fines bélicos.

El conflicto constitucional se había generado de la siguiente manera: el boliviano, representado por el defensor del pueblo, en la gestión 2000, se había presentado al Centro de Reclutamiento XII-A, para hacer conocer al encargado del reclutamiento militar que él pertenecía a la iglesia Testigos de Jehová, que su conciencia religiosa colisionaba con el servicio militar obligatorio; por lo que pidió que se le eximiera del deber constitucional. El encargado del reclutamiento militar le había entregado un certificado de exención del servicio militar como auxiliar A, por estar comprendido en el capítulo II, art. 57.h del Reglamento Sanitario. Cuando el boliviano presentó su trámite para que se le extendiera la libreta de auxiliar A, las autoridades militares habían instruido que efectuara el pago del tributo respectivo, que ascendía a la suma de Bs. 2500. Ante esa situación, el 9 de octubre de 2002, presentó ante el Ministerio de Defensa Nacional una carta solicitando se le eximiera del servicio militar obligatorio, en la que invocaba su derecho de objeción de conciencia, explicaba las razones y pedía también que se le exonerara de pagar el tributo y se le extendiera la libreta de extensión del servicio militar obligatorio. La solicitud fue rechazada por las autoridades militares y por el Ministro de Defensa, con el argumento de que no existía una legislación que regulara el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

El derecho a la objeción de conciencia no estuvo consagrado en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución; tampoco el derecho a la libertad religiosa ni el derecho a la libertad de conciencia. Entonces, para resolver la problemática planteada, el Tribunal Constitucional determinó que el derecho de objeción de conciencia es un derecho que emerge de los derechos a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia; que si bien esos derechos no están consagrados por la Constitución, sí lo están en los tratados y convenciones internacionales de los que es parte el Estado boliviano; por lo tanto, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, en su SC 1662/2003-R 17 de noviembre,³ definió que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos integran el orden jurídico del sistema constitucional boliviano, como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, y que, por lo mismo, los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables mediante los recursos de *hábeas corpus* y amparo constitucional, conforme corresponda.

3 Caso *Defensor del Pueblo vs. Ministro de Defensa Nacional*.

El recurso de amparo constitucional fue declarado improcedente, ya que el ejercicio del derecho de objeción de conciencia requiere de una ley de desarrollo y el órgano legislativo no expidió dicha ley. Sin embargo, la sentencia tuvo una importancia significativa en materia de protección de derechos humanos, pues a partir de esa jurisprudencia las autoridades públicas dieron una aplicación práctica y real a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, el constituyente ha incorporado a la nueva Constitución normas expresas que integran dichos instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad (art. 411), ha definido que sus normas son parámetros de interpretación de la Constitución y la legislación interna (art. 13.IV), y para los casos en los que las normas de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos sean más favorables que las normas previstas por la Constitución, aquellas tendrán primacía frente a estas (art. 256.I).

2. La aplicación directa de normas convencionales y de principios de interpretación de los derechos humanos

Al conocer y resolver el recurso de amparo constitucional, el Tribunal Constitucional, en el que se denunció la violación del derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, ha aplicado directamente las normas previstas por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las ha integrado al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, aplicando los principios de interpretación de derechos humanos.

En el recurso planteado por un abogado, en representación de una compañía de seguros y reaseguros contra dos jueces de sentencia del distrito judicial de Santa Cruz de la Sierra, el recurrente planteó como problemática la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la petición, a la legítima defensa, al debido proceso y a acceder a la justicia o tutela judicial efectiva; denunció que su representada, al haber sido víctima de un delito de estafa, presentó denuncia ante el Ministerio Público para que se investigara e instaurara acción penal. El Ministerio Público, a solicitud de parte y al tratarse de un delito de contenido patrimonial, desistió ejercer su potestad de promover la acción penal y dispuso la conversión de acción para que la víctima directamente pudiera instaurar la acción penal como delito de acción penal privada. El juez tercero de sentencia admitió la acción penal. Habiéndose ya abierto el proceso y estando en la fase de resolución de los incidentes y excepciones, la defensa planteó recusación del juez, quien se allanó y dispuso la remisión del expediente ante el juez cuarto de sentencia. Esta autoridad judicial dispuso la nulidad de obrados y la remisión de antecedentes ante la Policía Técnica Judicial para

que se tramitara como un delito de acción penal pública, bajo la dirección funcional del Ministerio Público, que ya había determinado no ejercer su potestad.

El Tribunal Constitucional resolvió el caso mediante SC 0600/2003-R, del 6 de mayo.⁴ El derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva no estuvo consagrado en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, por lo que el Tribunal aplicó directamente las normas previstas por los arts. 6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que concedió la tutela solicitada.

La importancia de la determinación del Tribunal Constitucional está en que el constituyente ha incorporado en la nueva Constitución el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, como una garantía constitucional.

Respecto a la interpretación de los derechos fundamentales, aplicando los principios de mayor eficacia y ponderación de bienes, al resolver un recurso de *hábeas corpus* planteado por un ciudadano contra una jueza de familia que había dispuesto expedir un mandamiento de apremio y, transcurridos seis meses desde que aquel fue internado en el centro de reclusión, había negado disponer su libertad, el Tribunal Constitucional aplicó las normas de las convenciones y pactos internacionales que consagran los derechos de los niños y niñas y establecen obligaciones para los Estados partes, para efectuar una ponderación de bienes, porque consideró que existía un típico caso de conflicto de derechos.

La problemática resuelta por el Tribunal Constitucional consistió en la supuesta vulneración del derecho a la libertad física del recurrente por la autoridad judicial recurrida, que se habría originado en los hechos que se plantean seguidamente. El recurrente, al vivir separado de sus hijos, había sido demandado para que pagara asistencia familiar a favor de sus hijos menores. Se había fijado la asistencia familiar, pero no se había cumplido con el pago. Ante esa situación, la jueza de la causa aplicó las normas previstas por el Código de Familia y dispuso que se expidiera mandamiento de apremio en contra del recurrente, quien, a pesar de haber sido recluido en la cárcel pública, no había cumplido con la obligación de cancelar la asistencia familiar, por lo que, transcurridos seis meses, aplicando las normas previstas por el art. 11 de la ley 1602, la autoridad judicial había dispuesto que se lo pusiera en libertad. El recurrente obtuvo su libertad y tampoco cumplió con el pago de asistencia familiar; acumuló la deuda por años y dejó a sus hijos sin recursos para cubrir sus derechos a la educación, la salud, la vivienda, la vestimenta, la alimentación y otras

4 Caso *William Herrera Añez, por Adriática de Seguros y Reaseguros vs. Juez Tercero de Sentencia de la Capital y Juez Cuarto de Sentencia de la Capital*.

necesidades. A solicitud de parte, la autoridad judicial dispuso que se expidiera mandamiento de apremio por segunda vez. El recurrente fue nuevamente recluido en la cárcel pública, pero tampoco cumplió con su deber de cancelar la asistencia familiar. Transcurridos seis meses desde su reclusión, solicitó a la jueza de la causa que dispusiera su inmediata libertad sin condición alguna, solicitud que fue rechazada por la autoridad judicial, que dispuso su libertad bajo fianza; decisión que el recurrente consideró ilegal, porque violó su derecho a la libertad física.

El Tribunal Constitucional resolvió el recurso de *hábeas corpus* mediante SC 1049/01-R, del 28 de setiembre.⁵ Denegó la tutela solicitada, para lo que aplicó directamente las normas previstas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño; realizó una ponderación de bienes, porque la problemática planteada presentaba un conflicto entre los derechos del recurrente con los derechos de sus hijos menores, y llegó a la conclusión de que en el caso concreto los hijos menores del recurrente merecían la protección a sus derechos con el pago de la asistencia familiar que había fijado la jueza de familia y había incumplido el recurrente.

La determinación del Tribunal Constitucional de aplicar directamente las normas convencionales y de interpretar la legislación interna en conformidad con las normas de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, tuvo gran relevancia para la protección de los derechos humanos, pues sentó las bases para que los jueces y tribunales también aplicaran directamente las normas convencionales para proteger los derechos humanos. Asimismo, tuvo una positiva influencia en la determinación del constituyente que, sobre la base de las decisiones del Tribunal Constitucional, ha definido expresamente en la Constitución la aplicación directa de las normas convencionales para la protección de los derechos humanos, y que las normas convencionales constituyen el parámetro para la interpretación de las normas de la legislación interna, en materia de protección de derechos humanos.

3. El derecho a la vida y la salud como derechos fundamentales primigenios

Al conocer y resolver el recurso de amparo constitucional, planteado por la defensora del pueblo, de una ciudadana boliviana que padecía de insuficiencia renal, el Tribunal Constitucional determinó que el Estado tiene la obligación de proteger

⁵ Caso *Eduardo Ordóñez Barrientos contra Jueza de Instrucción de Familia de Quillacollo*.

la vida de las personas mediante la adopción de políticas públicas y, en su caso, asumiendo directamente la responsabilidad de cubrir los costos del suministro de tratamientos especializados para los enfermos renales.

En el recurso de amparo constitucional, la defensora del pueblo denunció que la Caja Nacional de Salud violó el derecho a la salud y puso en amenaza de supresión el derecho a la vida de la ciudadana a la que representaba; expresó los siguientes elementos fácticos de la problemática: que la ciudadana NN padecía una insuficiencia renal crónica secundaria y pielonefritis crónica, por lo que requería tratamientos de hemodiálisis para sobrevivir; que, como afiliada a la Caja Nacional de Salud, ingresó al programa de hemodiálisis de esa entidad el 6 de junio de 1995 y se le realizó un trasplante de riñón, que tuvo que ser extirpado a raíz del proceso de rechazo presentado; por otra parte, la Caja autorizó la ampliación de prestaciones médicas de hemodiálisis hasta el 6 de junio de 1996, sin embargo, solo llegó a prestarlas hasta el 18 de mayo de 1996, debido a que se efectuó un nuevo trasplante de riñón, con el que la ciudadana tuvo una salud estable hasta el 9 de marzo de 2000, fecha en que nuevamente fue sometida a hemodiálisis; que las normas previstas por los arts. 16 del Código de Seguridad, 39 y 40 de su Reglamento y 11 del decreto ley 14643 del 3 de junio de 1977 fijan en 52 semanas el tope máximo para la prestación del tratamiento de hemodiálisis; que ante esa situación la ciudadana solicitó a la Caja Nacional de Salud la compensación de prestaciones que habían quedado pendientes el año 1996, pero esta, mediante resolución administrativa de la Comisión Nacional de Prestaciones, n.º 114 del 4 de abril de 2000, declaró improcedente la petición y dispuso su transferencia al centro especializado del Ministerio de Salud y Previsión Social, con lo que vulneró su derecho a la salud y puso en riesgo su vida misma, porque al suspender el tratamiento de hemodiálisis la paciente podía perder la vida.

El Tribunal Constitucional resolvió el amparo constitucional mediante la SC 687/2000-R, del 14 de julio.⁶ Concedió la tutela solicitada y dispuso que la Caja Nacional de Salud continuara suministrando el tratamiento y facturara al Ministerio de Salud y Previsión Social el costo de la atención especializada. El Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: «El tratamiento de los enfermos crónicos supone una atención que debe ser prestada en forma inmediata y continua, no debiendo ser interrumpido por trámites y resoluciones administrativas, que en definitiva determinan únicamente la transferencia de responsabilidad sobre el suministro y

6 Caso *Defensora del Pueblo vs. Ministro de Salud y Presidente de la Caja Nacional de Salud*.

costo del tratamiento, que pasa de una entidad a otra del Estado, como es de la Caja Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Previsión Social».

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional tuvo una trascendental importancia e implicó un gran avance en el proceso de protección de los derechos humanos, especialmente de los derechos a la salud y la vida, pues hasta ese entonces la Caja Nacional de Salud cortaba el suministro del tratamiento de hemodiálisis a los enfermos renales y los pasaba a conocimiento del Ministerio de Salud y Previsión Social, que no contaba con clínicas especializadas para suministrar el tratamiento, de manera que hasta tanto se realizaran los trámites burocráticos, el enfermo podía perder la vida.

A partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia constitucional referida, la Caja Nacional de Salud debe seguir brindando la atención especializada y facturando el costo de la atención al Ministerio de Salud y Previsión Social, y no debe, por motivo alguno, dejar de suministrar el tratamiento especializado, porque ello implicaría una franca vulneración del derecho a la vida del paciente, ya que el dejar de suministrar la hemodiálisis provocaría su muerte.

En la misma línea de razonamiento, mediante SC 0026/2003-R, del 8 de enero,⁷ al resolver un amparo constitucional planteado por un enfermo del sida, el Tribunal Constitucional determinó que es obligación del Estado suministrar el tratamiento especializado y los medicamentos necesarios, de forma continuada, al o los enfermos con sida, como una forma de preservar su derecho a la vida y la salud.

⁷ Caso *Defensora del Pueblo vs. Presidente del Tribunal Supremo Militar y Gerente General de la Corporación de Seguro Militar*.

Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2008/09

Leonardo Martins*

I. O CONTEXTO

A justiça constitucional brasileira seguiu historicamente o sistema difuso do controle de constitucionalidade tal qual desenvolvido na justiça constitucional dos Estados Unidos da América. A primeira constituição republicana brasileira, promulgada em 1891, adotou, além do regime presidencialista de governo e a estrutura federativa de Estado, também o modelo norte-americano do controle normativo de constitucionalidade, pelo qual não há reserva de competência a uma só corte constitucional para a realização do controle, podendo e devendo todo juiz de qualquer instância ou tribunal fazê-lo.

Porém, no ano de 1965, na Emenda Constitucional 16 à ainda vigente Constituição democrática de 1946, foi criado um procedimento para o controle normativo abstrato, confiando-se à corte suprema, o Supremo Tribunal Federal (STF), a competência exclusiva para fazê-lo. O procedimento era chamado de «representação de inconstitucionalidade».

Na ordem constitucional instaurada pela vigente Constituição de 1988 subsiste uma combinação dos dois sistemas de controle normativo: o concentrado, no caso dos controles normativos abstratos (decisões com eficácia *erga omnes*), e o difuso, no caso dos controles normativos concretos (decisões com eficácia *inter pars*).

Dentre os principais órgãos judiciais responsáveis pela administração da justiça constitucional no Brasil, merece destaque o STF, composto da reunião de 11 ministros, escolhidos «dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada» (art. 101 CF). Em sua organização interna, definida exclusivamente por seu Regimento Interno

* Mestre (LL.M.) e Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin. Pós-doutorado pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universität Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universität Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

e não lei ordinária,¹ tem-se, como órgãos judicantes, o pleno (reunião dos onze ministros), as duas turmas, compostas por cinco ministros cada, e o presidente. O pleno reúne as competências gerais mais importantes, restando às turmas um rol bastante restrito de competências.

Nada obstante a ausência de uma lei orgânica específica para o STF, suas competências foram definidas pelos três incisos do art. 102 da CF. O primeiro inciso (art. 102, I da CF) define as competências originárias do STF. Em sua primeira alínea, «a», define a competência do STF, confiada por seu Regimento Interno ao pleno do tribunal, para processar e julgar duas ações do controle normativo abstrato e várias ações do chamado «foro privilegiado», principalmente ações penais movidas contra órgãos do primeiro escalão da Administração Pública Federal. O segundo inciso traz duas competências recursais. O terceiro inciso, a competência para processar o recurso extraordinário.

Dentre as vias de se impor judicialmente a eficácia dos direitos fundamentais, destacam-se, no complexo sistema brasileiro, em primeiro lugar, no controle abstrato, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). No controle concreto, tem-se, pela via principal, o julgamento dos remédios constitucionais *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e mandado de segurança individual ou coletivo julgados em todo o país de acordo com a lei de organização judiciária, e também pelo STF, dependendo de quem os impetire (competências originárias do art. 102 I da CF), e na via recursal (art. 102, II da CF), além do muito importante recurso extraordinário movido contra uma decisão de tribunal federal regional, tribunal de justiça estadual ou tribunal superior que se repute inconstitucional. No mais, há ainda a ação popular que cabe a qualquer cidadão (art. 5º, VXXXIII CF) e a ação civil pública que cabe a órgão do Ministério Público, ambas com a finalidade de se proteger «interesses difusos e coletivos», também compreendidos como direitos fundamentais pela doutrina brasileira.

O quadro institucional vigente não contribui para uma interpretação judicial dos direitos fundamentais que possa ser considerada juridicamente consistente. Os direitos fundamentais aparecem ainda muito tímida ou retoricamente como parâmetros de julgamento, tanto no controle normativo abstrato, como no controle normativo

1 Segundo o art. 1º do Regimento Interno do STF: «Este Regimento estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços».

concreto. Algumas decisões, como as que serão abaixo referidas, tiveram grande repercussão política e não resta dúvida que o STF ganhou muito em relevância principalmente nesta primeira década do novo século. Há também uma notória propensão ao ativismo judicial, principalmente em face de muitas inércias administrativas e legislativas que impedem a concretização da democrática Constituição vigente. Porém, há vozes críticas na doutrina que lembram os riscos do ativismo exacerbado.

Um momento bastante relevante para o objeto do presente estudo foi a inserção, pela Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004, da competência do STF para editar as chamadas «súmulas vinculantes». De acordo com o inserido art. 103-a CF: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei». Já foram editadas mais de 20 das tais súmulas vinculantes também na área de direitos fundamentais, como a chamada «súmula das algemas» (v. caso abaixo), que têm sido consideradas por alguns como legislação, em potencial violação ao princípio da separação de poderes.

Em face dos direitos fundamentais, a aludida dificuldade da corte em estabelecer uma jurisprudência juridicamente consistente deve-se, além de ao motivo já mencionado - do exageradamente complexo sistema de controle normativo que leva a hipertrofiadas discussões formais processuais em detrimento do mérito dos julgamentos - também ao fato de a corte não prolatar decisões colegiadamente fundamentadas. A jurisprudência «do» STF se deriva da fundamentação dos votos individuais dos ministros que sequer são publicados em uma única oportunidade. Por isso, as referências às decisões abaixo limitaram-se às fundamentações aos votos dos relatores dos processos, ainda que em votos de ministros não relatores possam ser encontrados fundamentos bastante proveitosos, tendo em vista a identificação da jurisprudência «do» STF.

II. DECISÕES DA NOVA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA (BIÊNIO 2008/09)

As decisões abaixo são representativas da jurisprudência do STF sobre direitos fundamentais em razão da abrangência política do objeto da decisão. Sua atualidade já revela por si que houve um avanço no sistema de proteção dos direitos

fundamentais, porque estes até há pouco tempo sequer entravam na pauta de julgamentos do STF. A corte era entendida muito mais como uma corte suprema que resolve definitivamente litígios particulares e estatais interorgânicos do que como corte constitucional.

São, portanto, indicativas do atual momento de proteção dos direitos fundamentais no Brasil. O ativismo judicial do STF resta bastante claro quando se vê que, também em sede de *habeas corpus* - um instrumento do controle normativo concreto o STF extrai decisões generalizantes.

1. Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto)

Provocado pelo Procurador-Geral da República, o STF julgou, por maioria, improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Trata-se de uma lei que regulamenta o uso pela pesquisa genética de embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*. A ADI questionava justamente a autorização das pesquisas científicas com tais embriões e assim tinha como causa pedir uma suposta insuficiência de proteção legislativa do direito fundamental à vida dos embriões, ainda que a lei tenha autorizado a pesquisa somente com embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Em seu voto, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, sustentou não haver no caso violação ao direito à vida (art. 5º, «caput» CF), como também não ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF). Foi acompanhado por outros cinco ministros. Os demais cinco ministros que decidiram pela procedência total ou parcial do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei, ora fundamentaram seus votos numa suposta superioridade do direito à vida dos embriões inviáveis (!), ora na necessidade da existência de órgão controlador das pesquisas com embriões humanos, que zelasse pelo que se convencionou chamar de «bioética».

Como fundamentação de seu voto, o relator tratou de enfatizar os benefícios da pesquisa com células tronco-embrionárias para o desenvolvimento de novas terapias que possam ser utilizadas para salvar vidas. Em quase 50 páginas, limitou-se, portanto, a fazer ponderações entre os interesses jurídicos próximos ao que seriam facetas do direito fundamental à vida. Ponderou o direito à vida potencial de células-tronco com o direito à vida de pessoas nascidas enfermas.

Somente no final de seu voto e de maneira muito sintética destinou algumas considerações sobre o direito fundamental à liberdade científica (art. 5º, IX CF).

Em tais considerações, o direito fundamental à liberdade científica aparece com um argumento adicional em reforço à «tese» da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e não como um legítimo direito fundamental individual, cujo alcance e limites deveriam ter sido investigados pelo STF.

Infelizmente, o STF não considerou a lei com interventora na liberdade científica. O art. 5º da Lei de Biossegurança autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias atendidas determinadas condições e assim suspende o estado mais condizente com a liberdade científica que seria a inexistência da lei. A lei existe com o propósito de zelar pela bioética, um valor caro à ordem constitucional vigente e que pode exigir a imposição de limites à liberdade científica. Assim, parâmetro de controle deveria ter sido, em primeira linha, a liberdade científica. O direito fundamental à vida dos potenciais nascituros poderia representar limites à liberdade científica, que fora claramente atingida pela lei.

Assim, chega-se à conclusão de que o STF prolatou, ao invés de uma decisão judicial fundamentada exclusivamente na Constituição, o posicionamento político-ideológico de cada um de seus membros, com considerações jurídicas por vezes impertinentes. Apesar de tais objeções dogmáticas e metodológicas, a decisão pode ser seguida, em sede de conclusão, e seu significado para o desenvolvimento dos direitos fundamentais em geral é inegável.

2. Prisão por dívida (HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 349.703, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso)

Trata-se de quatro casos envolvendo o controle concreto em sede originária (HC) e recursal extraordinária (RE), com base no parâmetro constitucional do direito fundamental à liberdade (art. 5º, «caput») protegido precipuamente pelo remédio constitucional do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII CF), mas também pelo recurso extraordinário (art. 102 III «a» CF). Em todos eles, o STF reviu sua antiga jurisprudência sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, autorizada pela legislação brasileira, mas proibida pelo *Pacto de San Jose da Costa Rica*, do qual também o Brasil é signatário, o qual restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia.

Houve grande discussão ensejada pelos casos concretos julgados a respeito da posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu a tese do status supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados. A questão da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos parece ter chegado a um termo satisfatório,

principalmente após a Emenda Constitucional 45 de 2004 ter inserido o § 3º ao art. 5º CF, segundo o qual, «os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais». O procedimento previsto para que haja «equivalência» dos tratados internacionais sobre direitos humanos é o mesmo que o previsto para se emendar a Constituição em geral. O novo dispositivo mostra, por isso, *e contrario*, que os tratados não recepcionados pelo mesmo procedimento ao qual são submetidas as Propostas de Emenda Constitucional são inferiores à Constituição. Para fazer jus, entretanto, ao espírito internacionalista da Constituição Federal brasileira, evidenciado por vários de seus dispositivos (principalmente: art. 4º, II e art. 5º, II e III), o STF firmou a tese da supralegalidade. Trata-se, claramente, de uma guinada de 90 graus na jurisprudência do STF, que antes considerava tais tratados como tendo o mesmo nível da lei ordinária, sem, porém, adotar a tese da equivalência a normas constitucionais, como desejam os juristas internacionalistas brasileiros.

3. Limites ao uso de algemas (HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio)

O uso de algemas em acusados em geral gera notório constrangimento. Tal uso pode, todavia, revelar-se necessário quando houver risco de fuga ou de violência contra os responsáveis pela condução de acusado preso ou terceiros. A lei processual penal não regulamenta o uso das algemas infligido pela autoridade policial a suspeitos, indiciados ou acusados presos. Assim, vários direitos fundamentais substantivos e principalmente garantias constitucionais processuais podem restar violados por tal ação policial. À pauta veem os direitos fundamentais à honra pessoal do art. 5º, X CF que protege aspectos relevantes do direito fundamental matriz à liberdade (art. 5º, *caput* CF), na acepção de autopreservação, e a garantias constitucionais processuais como a presunção de inocência do art. 5º, LVII CF.

Com seu *habeas corpus*, o paciente visava à anulação de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão de julgamento. O STF concedeu o *habeas corpus* em decisão unânime. Dentre os motivos determinantes, o STF sustentou, por intermédio do voto do relator, não haver uma justificativa para submeter o acusado a uma espécie de humilhação, considerada como violação até mesmo da dignidade da pessoa humana, além da violação do princípio da presunção de inocência, sobretudo por ter o condão de induzir, nos jurados, a percepção de que se estaria diante de um acusado de alta periculosidade.

Trata-se de uma decisão com claríssimas e vultosas consequências. Como já acima aventado, pode o STF editar súmulas vinculantes que fixam uma determinada interpretação de norma infraconstitucional, tendo em vista sua compatibilização com o texto constitucional, notadamente com direitos fundamentais. Do caso resultou a Súmula Vinculante nº 11, segundo a qual: «Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado». Houve discordâncias na doutrina e principalmente na imprensa em geral. A maior parte das objeções se limitou aos pressupostos jurídico-processuais: o STF não teria cumprido o requisito de editar a súmula vinculante após *reiteradas* decisões (art. 103-A CF). Nada obstante, a Súmula Vinculante nº 11 continua vigente.

4. Lei de Imprensa do regime militar (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto)

Como amplamente divulgado pela imprensa e pelos noticiários do rádio e da TV, o STF julgou em sessão plenária, no último dia 30 de abril, a ADPF 130 ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). O autor propugnou pela declaração de não recepção, pela ordem constitucional vigente, da Lei 5.250/67, alcunhada de «Lei de Imprensa», por entendê-la incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Em apertada síntese, o STF fundamentou o julgamento com a classicamente alegada relação de subverniência das liberdades de comunicação social em relação à democracia, o que se depreende de passagens como as seguintes:

A Democracia é princípio dos princípios da Constituição de 1988. Valor dos valores ou valor-contidente por excelência. Aquele que se faz presente na ontologia dos outros valores, repassando para eles a sua própria materialidade. Logo, o cântico dos cânticos ou a menina dos olhos da nossa Lei Fundamental, (...).

(...)

Estou a falar, portanto, que a presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade da conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa.

Em que medida a Lei 5.250/67 viola as liberdades de comunicação social (art. 5º IX da CF - entre as quais a liberdade de imprensa) e a liberdade de manifestação

do pensamento (art. 5º IV da CF) enquanto direitos fundamentais individuais, não se pode extrair do voto do relator. Na verdade, não resta claro qual o parâmetro específico de julgamento: se o princípio democrático, que então encerraria as liberdades de comunicação social e de manifestação do pensamento, ou se estas. Por isso, o que segue no processo de subsunção de tal discussão abstrata em relação ao objeto da ADPF soa como que criptografado:

Ora bem, a atual Lei de Imprensa (...) não parece mesmo serviente do padrão de Democracia e de imprensa que ressaui das pranchetas da nossa Assembleia Constituinte de 1987/1988. Bem ao contrário, cuida-se de modelo prescritivo que o próprio STF tem visto como tracejado por uma ordem constitucional (a de 1967/1969) que praticamente nada tem a ver com a atual (...)

Como os excertos acima transcritos revelam, o STF simplesmente não reconhece vários problemas jurídico-dogmáticos pertinentes ao caso. Dois deles são eloquentes o bastante para se objetar peremptoriamente o discurso acima como um discurso de fundamentação jurídica:

Primeiro: Se as liberdades de manifestação do pensamento e de comunicação social, imprescindíveis ao processo democrático (isso não se coloca em dúvida aqui) são protegidas em razão da aludida relação de serviço, isso significa que é lícito ao Estado qualificar o exercício das liberdades, distinguindo exercícios relevantes para a democracia de exercícios não relevantes? Mas isso não representaria sabotar o próprio direito fundamental individual confiando ao Estado, inclusive legislador, o poder de definir o uso indicado das liberdades? O que sobra então para os direitos fundamentais de comunicação social e de livre manifestação do pensamento como «direitos de resistência à intervenção do Estado» (*Abwehrrechte*)?

Segundo: Boa parte dos órgãos de comunicação social brasileiros, fiéis ao nosso perigoso *Zeitgeist*, dedica-se à indústria do entretenimento, que há muito já atingiu a produção jornalística e principalmente a formatação dos telejornais.² Segundo a visão do STF, a indústria do entretenimento não participa da proteção de direito fundamental?

A visão simplista e superficial do STF já se encontra superada há quase 50 anos. A difícil delimitação entre as liberdades em pauta e seus limites constitucionais não se faz com apelos retóricos, por vezes barrocos, ao discurso axiológico e, segundo uma roupagem contemporânea, principiológico. A seguir, apresentam-se

2 *Vide*, por exemplo, um breve essay publicado no site do «Observatório da Imprensa», de Peazê, 2006.

os critérios de julgamento, de forte inspiração no direito comparado alemão, que poderiam ter sido aplicados na decisão do STF.

5. Obrigatoriedade de diploma universitário para o exercício do jornalismo (RE 511.961-1/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Trata-se de uma decisão sobre recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, assistido pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo, contra acórdão do TRF da 3ª Região que aplicou o art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/1969, declarado pelo STF, em decisão não unânime, como não recepcionado pela ordem constitucional vigente. O acórdão do TRF da 3ª região havia dado provimento a recurso de apelação interposto pela União, FENAJ e Sindicato dos Jornalistas contra a sentença de procedência parcial de primeira instância prolatada em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal.

O dispositivo declarado não recepcionado pelo STF determina para o exercício da profissão de jornalista (art. 4º, *caput*), como um de seus requisitos ao lado de «I - nacionalidade brasileira»; «II - folha corrida»; «III. Carteira profissional» e «IV. declaração de cumprimento de estágio em empresa jornalística», o

V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de «a» a «g» no artigo 6º.

O art. 6º elenca atividades jornalísticas principais e acessórias. Dentre as atividades exercidas por jornalistas profissionais empregados, as sete primeiras são reservadas exclusivamente aos jornalistas com diploma em instituição de ensino superior de acordo com o art. 4º, V, quais sejam:

- a) Redator: aquele que, além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários;
- b) Noticiarista: aquele que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários;
- c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colher notícias ou informações, preparando-a para divulgação;
- d) Repórter de Setor: aquele que tem o encargo de colher notícias ou informações sobre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação;
- e) Rádio-Repórter: aquele a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos;

- f) Arquivista-Pesquisador: aquele que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e tecnicamente o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- g) Revisor: aquele que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística;

A repercussão pública foi, como aludido, bastante negativa. Muitos dos que saudaram a decisão sobre a ADPF 130-DF - que declarou a Lei de Imprensa de 1967 em sua totalidade incompatível com a ordem constitucional vigente e por isso não recepcionada pela Constituição de 1988 com os argumentos mais difusos e eivados de retórica exagerada, salientando, por exemplo, de maneira generalizante e leviana quando se leva em consideração o necessário rigor na realização de qualquer exame de constitucionalidade (incluindo o exame de leis pré-constitucionais quanto à sua recepção) que a Lei de 1967 violara vários «princípios constitucionais», o «próprio espírito democrático» da Constituição de 1988 etc., tendo em vista ter sido aprovada por um Congresso Nacional submisso aos à ditadura militar - são os mesmos que de modo incoerente criticaram a decisão do STF no caso em pauta. Será que não vislumbram no contexto normativo da criação da obrigatoriedade do diploma nenhuma violação do «espírito da Constituição»? Mesmo sabendo que se trata de um «Decreto-Lei» que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista, i.e., de um estatuto decretado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, «usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968» (grifo do autor) como se pode ler na epígrafe desta obra legislativa? Também o art. 1º do Decreto-Lei diz a que veio, ao suspender notoriamente os direitos fundamentais envolvidos, na medida em que determina de maneira muito clara que «o exercício da profissão de jornalista é livre, em todo o território nacional, *aos que satisfizerem as condições estabelecidas neste Decreto-Lei*» (grifo do autor). Com isso, os legisladores do Decreto-Lei reconhecem a liberdade da profissão de jornalista somente àqueles que cumprirem as condições por eles estabelecidas. Nada pode ser menos condizente com o espírito e princípios democráticos da Constituição de 1988.

De acordo com a síntese oferecida pelo site de notícias do STF³, o voto do relator, Min. *Gilmar Mendes*, ainda não publicado, apresentou, em apertada síntese,

3 Cfr. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109715&caixaBusca=N>; último acesso: 27/09/2009.

os seguintes fundamentos à declaração de não-recepção do Decreto-Lei aplicado pelo acórdão do TRF da 3ª Região, objeto do RE:

No campo do jornalismo não haveria espaço para o controle ao acesso à atividade, porque isso já configuraria censura prévia expressamente vedada pela Constituição. Para ele, «o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada». O jornalismo também seria uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. Trouxe à pauta decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Organização dos Estados Americanos que condenaram a obrigatoriedade de inscrição em conselho de ordem de jornalismo, mediante apresentação de diploma, como violação ao direito de expressão concedido a todos os cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal teria fixado entendimento no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. O artigo 5º, XIII da CF abarcaria somente hipóteses nas quais as qualificações que pudessem ser determinadas pelo legislador seriam, ao cabo, exigíveis somente nos casos em que a falta do diploma é um risco de dano à sociedade, como é o caso da medicina, da engenharia e da advocacia. Com efeito, para o exercício da atividade de jornalista, por não implicar tais riscos ou danos a terceiros, não deveria haver tal exigência.

Neste contexto, comparou a carreira de jornalista a outras nas quais o diploma universitário não é condição exclusiva para que o profissional domine a técnica, como é o caso daqueles que trabalham nos ramos de cozinha, desenho, marketing, moda, costura e educação física. Segundo ele, «um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área».

Ainda que a atuação do jornalista possa prejudicar direitos alheios, sem culpa da vítima, como acontece, por exemplo, na publicação de notícias inverídicas, não se trataria de risco inerente à atividade, que pudesse ser evitado com a formação técnica específica. As violações à honra, à imagem ou a outros direitos de personalidade não seriam riscos inerentes ao jornalismo, mas, antes, «o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão, e essas violações não são evitáveis apenas com a formação em um curso de jornalismo».

O relator comparou a publicação de notícias difamatórias ao dano provocado por um cozinheiro que envenena um prato propositalmente, ou ao dano causado por um motorista que atropela deliberadamente um desafeto. «Ainda que o regular

exercício da profissão de motorista coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz. De qualquer forma, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante a qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um».

Por fim, haveria uma diferença entre o «jornalismo abusivo» e o «jornalismo despreparado» – este último a ser punido pelo próprio mercado. A autorregulação do mercado de jornalismo seria a forma mais coerente de separar bons dos maus jornalistas.

Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales

Claudio Nash / Paz Irrarrázabal*

La Constitución chilena establece una serie de acciones judiciales para el resguardo de los derechos fundamentales.

Una de las más importantes es el recurso de protección,¹ por medio del cual cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de sus derechos puede recurrir ante una Corte de Apelaciones (órgano superior de justicia en Chile, cuyo superior es la Corte Suprema), la que deberá tomar las medidas que estime pertinentes para el restablecimiento del imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de otros derechos que pueda hacer valer ante autoridad competente.

Este recurso, que es un avance respecto de Constituciones anteriores, que no contemplaban un mecanismo de protección de derechos de carácter constitucional, ha sido extensamente utilizado en la práctica. Sin embargo, esta acción de protección presenta dos importantes limitaciones en su formulación constitucional,

* Claudio Nash: Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Director del Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos de dicha Facultad. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1998) y Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2008). Paz Irrarrázabal: Abogada, Universidad de Chile. Investigadora, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional, Administrativo e Introducción al Derecho en la misma Facultad. Asesora de la División Jurídica Legislativa del Ministerio, Secretaria General de la Presidencia, Gobierno de Chile entre 2003 y 2009.

1 Es importante tener en cuenta que más allá de su nomenclatura, esta acción jurisdiccional equivale a lo que en otros sistemas se conoce como acción de amparo o de tutela. El artículo 20 dispone: «El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del n.º 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada».

en tanto mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, se trata de una acción de urgencia, por lo que las decisiones que se tomen en esta sede pueden ser reconsideradas en juicios de lato conocimiento y, en segundo lugar, solo protege los derechos taxativamente señalados en el art. 20 de la Constitución, los cuales corresponden mayormente a libertades. No se protegen mediante este recurso derechos sociales, tales como el derecho a la educación o a la salud, salvo en este último caso en lo que tiene relación con la libertad de elegir el sistema de salud, privado o estatal, al cual acogerse.

Junto a esta importante acción de protección se establecen una serie de acciones especiales, que son de competencia de los tribunales ordinarios de justicia: la acción por desconocimiento —de parte de los órganos de la Administración— de la nacionalidad de una persona (art. 12) y la acción para solicitar indemnización por error judicial (art. 19, n.º 7, letra i) de las que conoce la Corte Suprema; la acción por lesión de derechos por parte de la Administración del Estado o las municipalidades, de competencia de los tribunales ordinarios de instancia (art. 38), y el recurso de amparo o *hábeas corpus*, para que toda persona arrestada, detenida o presa por infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes obtenga protección de los tribunales (art. 21). De este último recurso conocen las Cortes de Apelaciones.

Por otra parte, un segundo mecanismo vinculado con la protección de los derechos fundamentales es el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, que en la Constitución chilena está concentrado en manos del Tribunal Constitucional. Este órgano, en democracia, ha adquirido una posición central en el sistema de justicia constitucional de Chile, transformándose en el principal referente a la hora de interpretar y aplicar la Constitución. Este Tribunal, regulado en el Capítulo VII de la Constitución, se encuentra integrado por diez miembros, en cuya designación interviene el presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal Constitucional ejerce un control preventivo y represivo de los decretos dictados por el presidente de la República, ya sea a petición de este, cuando se suscita una controversia sobre constitucionalidad, o de un número determinado de parlamentarios.

Le corresponde, además, controlar siempre, y con anterioridad a su promulgación, las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, las orgánicas constitucionales y las normas de un tratado internacional que versen sobre materias propias de estas últimas. Con relación a los demás tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, así como a las leyes comunes y de reforma constitucional, el Tribunal, antes de su promulgación, solo conocerá en caso de que así lo requiera el presidente de la República o un determinado número de parlamentarios.

En 2005 se llevó a cabo una importante reforma constitucional que, entre muchas otras materias, atribuyó al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes vigentes, lo que tuvo importantes repercusiones en el sistema de justicia constitucional.

En primer lugar, se le transfirió la facultad que ejercía la Corte Suprema para declarar las inaplicabilidades de las leyes. Actualmente es facultad del Tribunal Constitucional resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal, resulte contraria a la Constitución. El Tribunal Constitucional conoce de esta materia a petición del juez o de las personas que sean parte en el juicio pendiente.

En segundo lugar, se le otorgó la facultad de resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable con anterioridad. Esta declaración puede hacerla el Tribunal de oficio, reconociéndose adicionalmente una acción pública para pedir dicho pronunciamiento. La declaración de inconstitucionalidad produce la derogación de la ley, por lo que se exige un elevado quórum de cuatro quintos de sus integrantes.

Entre las repercusiones que estas nuevas atribuciones ocasionaron en el sistema, se encuentra la posibilidad que actualmente tienen las personas para acceder a este Tribunal para el resguardo de sus derechos fundamentales. Luego, la cantidad de requerimientos presentados aumentó en forma exponencial, no solo de parte de los particulares, sino, también, de parte de jueces de instancia, especialmente en materia penal. De esta forma, la mayoría de las sentencias que actualmente dicta el Tribunal Constitucional son inaplicabilidades, las que acaparan la mayor parte de su trabajo.²

Por otro lado, el control concreto de las leyes se ha transformado, en los hechos, en una nueva y última instancia judicial y ha supuesto una reconfiguración del recurso de protección. En efecto, este último se está utilizando como una vía de acceso al Tribunal Constitucional, constituyéndose en la gestión pendiente necesaria para la interposición de la acción de inaplicabilidad.

Las sentencias que se han seleccionado ejemplifican la posición que ocupa actualmente el Tribunal Constitucional, así como sus atribuciones y ciertas líneas

2 En la práctica las otras principales materias de que conoce el Tribunal son, en primer lugar, el control obligatorio y preventivo de las leyes orgánicas constitucionales y, luego, los requerimientos de proyectos de ley de los parlamentarios de la oposición al gobierno que no lograron el quórum necesario para evitar la aprobación de un proyecto de ley. En cuanto a la nueva atribución de control de constitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable se han pronunciado muy pocas sentencias, habiéndose derogado a la fecha solo tres normas (Rol 345, 681 y 1254).

jurisprudenciales que ha ido desarrollando. En dos de las sentencias estudiadas, el Tribunal conoció del asunto con motivo de requerimientos interpuestos por parlamentarios pertenecientes a partidos políticos de derecha. En ambos casos, además, el Tribunal se pronunció respecto de asuntos que habían ocasionado intensas disputas políticas.

En el primer requerimiento señalado, se impugnó el tratado internacional por el cual se reconocía jurisdicción a la Corte Penal Internacional. Este había sido aprobado por amplia mayoría en el Parlamento, sin embargo, la preocupación que dicho tratado generaba en grupos políticos vinculados al gobierno del ex dictador Augusto Pinochet, provocó la interposición del requerimiento. Esta sentencia es representativa de la jurisprudencia mayoritaria de dicho Tribunal, que plantea la jerarquía infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, y en contraste a esta sentencia, se seleccionó también una de la Corte Suprema, tribunal que ha desarrollado una jurisprudencia muy distinta en relación con la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, particularmente, a propósito de casos de delitos cometidos durante la dictadura militar.

En el segundo requerimiento reseñado, se impugnó el decreto supremo que permitía la distribución de la píldora del día después de manera gratuita en los servicios de salud. La posición central que en el sistema de justicia constitucional ocupa el Tribunal quedó en evidencia en este caso, cuyo tema de fondo anteriormente había sido objeto de pronunciamiento por parte de los tribunales ordinarios.³

La cuarta sentencia seleccionada se dictó con motivo de la interposición de una acción de inaplicabilidad contra una norma que permite aumentar los precios de los planes de salud del sistema privado de previsión, en consideración a ciertos criterios que se cuestionan. La vía en que se accedió al Tribunal Constitucional fue un recurso de protección. A partir de este caso se han presentado cientos de otros sobre la misma materia y por igual vía. La forma en que se resolvió el asunto también es

3 Con motivo de la interposición de un recurso de protección en contra de una resolución que concedió registro sanitario a un fármaco de compuesto levonorgestrel 0.75 mg, se pronunciaron las siguientes sentencias: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 850-2001, del 28 de mayo de 2001; sentencia de la Corte Suprema, Rol n.º 2186-2001, del 30 de agosto de 2001; y sentencia del recurso de aclaración ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 850-2001, del 10 de octubre de 2001. Con motivo de la interposición de una acción de nulidad de otra resolución que concedía registro sanitario a un fármaco de igual compuesto, pero de otro laboratorio, se dictaron las siguientes sentencias: sentencia del 20.º Juzgado Civil de Santiago, Rol n.º 5839-2004, del 30 de junio de 2004; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 4200-2003, del 10 de diciembre de 2004; y sentencia de la Corte Suprema, Rol n.º 1039-2005, del 28 de noviembre de 2005.

representativa de una doctrina mayoritaria del Tribunal, que otorga mayor reconocimiento a los ámbitos de libertad individual de los derechos fundamentales.

A continuación, nos referiremos a cada una de estas sentencias.

I. SENTENCIAS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se seleccionaron dos sentencias que se pronuncian acerca de la incorporación en el ordenamiento interno del derecho internacional de los derechos humanos, una del Tribunal Constitucional y la otra de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia del Tribunal Constitucional es ilustrativa de su jurisprudencia mayoritaria desarrollada en la materia. En primer lugar, son escasas las sentencias del Tribunal que se refieren al derecho internacional de los derechos humanos. En la mayoría de los casos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales no son parámetros que considere el Tribunal para resolver los conflictos que le son sometidos. En segundo lugar, el Tribunal carece de una argumentación comprensiva de las características y principios particulares del derecho internacional. Es así como, por ejemplo, en la sentencia que se acompaña, el Tribunal aplica, sin más, principios que rigen el ejercicio de la jurisdicción nacional a la Corte Penal Internacional, y no efectúa distinción alguna entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad.

Jurisprudencia completamente distinta es la desarrollada por la Corte Suprema, que además de reconocer la aplicación interna del derecho internacional de los derechos humanos, se hace cargo de las particularidades de dicho ordenamiento jurídico.

Ambas sentencias sustentan sus posiciones en el art. 5 de la Constitución, que señala en su primer inciso que la soberanía reside esencialmente en la nación y su ejercicio se realiza por el pueblo mediante el plebiscito y las elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la Constitución establece. Por su parte, el segundo inciso establece como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con el retorno a la democracia en 1989, se efectuó una importante reforma constitucional que agregó a este artículo una oración que señala que «es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Esta última oración ha suscitado intensas discusiones jurisprudenciales acerca de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el

ordenamiento vigente, en las que se insertan las dos sentencias seleccionadas que se revisan a continuación.

En marzo de 2002, un grupo de diputados presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, tratado que había sido aprobado en el Parlamento por amplia mayoría. Los requirentes sostenían que el tratado implicaba una transferencia de jurisdicción a un órgano internacional, lo que suponía un atropello a la soberanía nacional.

El Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional señala que esta es una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, como es el crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

El Tribunal Constitucional declaró, en la sentencia Rol n.º 346 del 2002, que del estudio de las disposiciones del Estatuto resultaba evidente que la Corte estaba facultada para corregir lo resuelto por los tribunales nacionales y que podía incluso llegar a sustituirlos. Esto suponía una transferencia de soberanía que vulneraba el art. 5 de la Constitución, que dispone que la soberanía se ejerce por las autoridades que la Constitución establece. El Tribunal consideró que al no estar la Corte Penal Internacional establecida en la Constitución, la única forma en que podía juzgar delitos cometidos en Chile era mediante su incorporación al sistema interno, por medio de una reforma constitucional.

Con relación al segundo inciso del mencionado art. 5 de la Carta Fundamental, el Tribunal señaló que el sentido de dicha disposición era enfatizar el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos fundamentales, pero en ningún caso suponía otorgar primacía a los tratados por sobre la Constitución. Dicha afirmación fue fundada principalmente en las normas constitucionales que sujetan a los tratados internacionales al control de constitucionalidad, así como en las normas sobre reforma constitucional que exigen altos quórum. Conforme a estos últimos, reconocer a los tratados internacionales una jerarquía superior, según lo entiende el Tribunal, abriría la posibilidad de reformar la Constitución mediante tratados que son de quórum simple, lo que resultaría inaceptable.⁴

4 Con la atribución al Tribunal Constitucional del control de constitucionalidad de las leyes vigentes, se discutió sobre la posibilidad de someter a dicho control a los tratados internacionales. En sentencia del 25 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional, ejerciendo el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional que regula su organización, funcionamiento y procedimientos,

Esta posición del Tribunal Constitucional contrasta con una línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Suprema, que reconoce la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos.

En la sentencia Rol n.º 559 del 2006, la Corte Suprema conoció de un recurso de casación en el fondo interpuesto por los querellantes del homicidio premeditado de dos jóvenes pertenecientes al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, ocurrido a pocos días del golpe militar de 1973. El Tribunal de Instancia y la Corte de Apelaciones, si bien declararon la efectividad de los hechos y reconocieron como autores del homicidio a ex miembros de carabineros, los absolvieron por haber prescrito la acción penal para perseguir el delito.

La Corte Suprema invalidó la sentencia y señaló que se incurrió en error de derecho al no haber aplicado normas de derecho internacional que excluyeran la prescripción de los delitos objeto del litigio.

La Corte argumentó, en primer lugar, que en el momento en que se cometió el delito, Chile se encontraba en una situación de conflicto armado sin carácter internacional, lo que sustentó principalmente a partir de un decreto ley que el mismo Gobierno de facto había dictado meses antes de la comisión del delito, en el que declaraba estado o tiempo de guerra.

En esta situación, señaló la Corte, resultaban plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, ratificados por Chile en 1951. Agregó que si bien Chile no había ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la norma de imprescriptibilidad era de derecho consuetudinario, habiendo dicha Convención únicamente declarado la vigencia de una norma preexistente.

La Corte señaló que las normas de derecho internacional debieron haber recibido aplicación preferente, citando el art. 5 de la Constitución, que reconoce como límite a la soberanía el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana.

declaró inconstitucional la norma que excluía a los tratados internacionales vigentes de la posibilidad de ser declarados inaplicables. El Tribunal, reafirmando su jurisprudencia anterior, señaló que los tratados tienen rango de ley y, por tanto, son susceptibles del control de constitucionalidad mediante la acción de inaplicabilidad. Señaló que el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, no puede unilateralmente derogar las disposiciones de un tratado, pero que la inaplicabilidad no genera ese efecto, sino que solo tiene incidencia en la aplicación del tratado en un caso concreto. (sentencia TC Rol n.º 1288-2008).

II. SENTENCIA SOBRE DERECHO A LA VIDA (Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS)

En 2007, un grupo de parlamentarios requirieron al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Salud, que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, con relación a la distribución en los servicios de salud pública de la denominada píldora del día después, compuesta por levonorgestrel 0.75; del dispositivo intrauterino (diu); y de la consejería a adolescentes que, en materia de anticoncepción de emergencia, debía ser otorgada de manera confidencial.

Los requirentes señalaron que la píldora del día después y el diu producían una alteración endometrial que impedía la anidación del individuo ya concebido, lo que violaba el derecho a la vida. La regulación de estas materias por medio de un decreto supremo vulneraba, igualmente, la garantía constitucional de reserva de ley.

Por otra parte, se consideró que la utilización de dichos métodos afectaba la igualdad ante la ley, toda vez que habiéndose prohibido en otra instancia judicial el registro de un fármaco de igual composición,⁵ se producía una discriminación en la igualdad de trato que la autoridad debía dar a todos los concebidos y no nacidos frente a una misma amenaza a su derecho a nacer.

Por último, con relación a la consejería de adolescentes se señaló que se infringía el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, que forma parte del derecho a la educación.

El Tribunal, en la sentencia Rol n.º 740, descartó pronunciarse sobre el diu y la afectación del derecho a la igualdad ante la ley, por inconsistencias y ambigüedades del escrito de los requirentes. En cuanto al derecho a la educación, señaló que las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impedían a los padres entregarles a sus hijas la formación que desearan, por una parte, y que resultaban respetuosas de los derechos de las adolescentes, por la otra.

Dicho lo anterior, el Tribunal entró a conocer exclusivamente sobre los eventuales efectos abortivos de la píldora del día después para, de esta forma, pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la distribución de dicha píldora por los servicios de salud. El Tribunal partió de un presupuesto, nada evidente para la doctrina

5 Se refiere a la sentencia de la Corte Suprema del 30 de agosto de 2001, Rol n.º 2186-2001. Se omite en la sentencia del Tribunal una sentencia posterior de la Corte Suprema que falla en un juicio de lato conocimiento en sentido contrario a su sentencia del 2001, Rol n.º 1039-2005 del 28 de noviembre de 2005.

nacional, de que un eventual efecto antiimplantatorio de la píldora supondría su ilegitimidad, dado su carácter abortivo.

El Tribunal, luego de revisar los distintos informes acompañados al proceso, señaló que la evidencia que proveía la ciencia médica era contradictoria, con relación al efecto de la píldora sobre la implantación de un óvulo fecundado, así como sobre el carácter de ser humano del producto de la fecundación.

En este punto, el Tribunal Constitucional incurre en serios equívocos. En primer lugar, no evalúa los informes médicos según su calidad, sino que solamente constata la existencia de posiciones contradictoras acerca del eventual efecto antiimplantatorio (análisis que sí realizan los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes en su voto de minoría). En segundo lugar, el Tribunal pretende que sean los científicos los que determinen el momento en que empieza a existir un ser humano, circunstancia imposible de demostrar «científicamente», por tratarse más bien de un tema filosófico, moral o, en último término, jurídico, para efecto de su protección.

Constatada por el Tribunal la falta de evidencia científica con relación a los efectos del fármaco y al inicio de la vida, señaló, en cuanto a este último punto, que la doctrina constitucional mayoritaria en Chile reconocía la existencia de una persona desde el momento de la fecundación. Esta posición encontraba sustento, entre otras cosas, en la protección constitucional y legal del que está por nacer, en las opiniones formuladas tanto por los constituyentes como por los parlamentarios con motivo de la discusión de distintos proyectos de ley y, además, por la protección a la vida que otorga el derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal sostuvo que la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, protege el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.⁶

6 En este análisis de la sentencia se deja en evidencia la ideología conservadora de la mayoría de los integrantes del Tribunal. El Tribunal solo recoge aquella doctrina que interpreta, a partir del art. 19, n.º 1, de la Constitución, una prohibición absoluta el aborto, y no señala la existencia de aquella otra doctrina nacional que distingue entre el inciso primero que protege la vida de las personas desde el momento del nacimiento y el inciso segundo donde el constituyente atribuyó al legislador la decisión de los mecanismos de protección del que está por nacer. El Tribunal solo hace referencia a aquellos miembros de la Comisión Constituyente que querían prohibir el aborto en la Constitución y no a la mayoría de los miembros de la Comisión que se opusieron a dicha idea dejando constancia, en la historia fidedigna, de la intención de atribuir al legislador la decisión en dicha materia. También es selectivo con las citas a los parlamentarios. Las personas citadas por el Tribunal Constitucional, profesores de derecho, miembros de la Comisión Constituyente y parlamentarios, se vinculan a instituciones como la Universidad Católica o al partido político de derecha Unión Demócrata Independiente.

El Tribunal, atribuyendo la identidad de persona al producto de la fecundación y constatando que la Constitución en su art. 19, n.º 1, asegura a todas las personas el derecho a la vida, señaló que se rompía la equivalencia que en un primer análisis parecía existir entre las distintas posiciones científicas acerca de los efectos de la píldora. Ello se debía a que una de dichas posiciones producía un resultado inconstitucional, mientras que la otra no.

De esta forma, el Tribunal consideró que las pruebas científicas planteaban una duda razonable acerca de un posible efecto antiimplantatorio de la píldora y, en consideración al principio pro persona, debía privilegiarse aquella interpretación que favorecía el derecho de la persona a la vida, declarando, en consecuencia, la inconstitucionalidad de las normas del decreto que permitían la distribución de la píldora en los servicios de salud pública.

Esta sentencia supone un retroceso en el desarrollo de una jurisprudencia constitucional respetuosa de los derechos humanos, en primer lugar, al omitir a las mujeres como un sujeto de derecho relevante. El Tribunal se centra en la posible afectación del derecho a la vida del embrión, sin siquiera mencionar la posibilidad de que otros derechos fundamentales pudiesen estar involucrados en el presente caso. En este sentido, la sentencia adolece de graves defectos desde el punto de vista de los criterios de interpretación constitucional.⁷

No hay referencia alguna en la sentencia a derechos inevitablemente involucrados en la cuestión del acceso a la píldora del día después. Tal es el caso de la dignidad de la mujer, su derecho a la vida e integridades física y síquica, su derecho a la salud, a la privacidad, a la libertad de pensamiento, a la igualdad⁸ y a los derechos sexuales y reproductivos reconocidos, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Como señaló la profesora Yanira Zúñiga,⁹ desde un punto de vista lógico, no hay contradicción en afirmar la subjetividad de las mujeres y del *nasciturus* a la

7 Solo en el voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic se hace un tratamiento de los derechos de la mujer: «Esta disidencia sostiene que el *nasciturus* no es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante —si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional— recae en los derechos fundamentales de la mujer».

8 La sentencia produce graves consecuencias para el respeto del derecho a igualdad. Estando autorizada la comercialización del fármaco pero no su distribución gratuita en el sistema de salud público, en Chile actualmente solo se puede acceder a este mediante su compra en farmacias.

9 ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira y BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: «Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después», en *Anuario de Derechos Humanos* n.º 5, año 2009, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 173 a 182.

vez, pero tal aproximación hubiera implicado calificar el asunto planteado por los recurrentes como un problema de coalición de derechos de distinto titular (aun cuando uno de ellos todavía no es persona, en tanto titular de derechos) y no como termina haciéndolo el Tribunal Constitucional. Para este el asunto se reduce a un problema de limitación de derechos de un solo sujeto, a saber, el derecho a la vida del feto. Pero incluso en este último caso, siguiendo a la misma autora, era necesario satisfacer ciertas exigencias de fundamentación que requiere el principio de proporcionalidad, ponderando finalidades constitucionalmente legítimas, tales como la eficacia de una política de prevención del embarazo adolescente o una política destinada a disminuir los efectos negativos del aborto.

III. SENTENCIA SOBRE DERECHOS SOCIALES

La última sentencia seleccionada, Rol n.º 976-07 del 2008, es excepcional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por cuanto reconoce y argumenta ampliamente con relación a la protección de los derechos sociales. Sin embargo, esta argumentación desarrollada en los considerandos de la sentencia no es incorporada a la hora de resolver, en definitiva, el conflicto sometido al Tribunal, el cual vuelve a su jurisprudencia tradicional de protección de libertades individuales.

En este caso, una mujer interpuso un recurso de protección ya que con motivo de haber cumplido 60 años de edad, la institución de salud previsional (ISAPRE) a la que se encontraba afiliada aumentó considerablemente el costo de su plan de salud.

Mediante una acción de inaplicabilidad se impugnó ante el Tribunal Constitucional la disposición de la ley de las ISAPRE, que permite a dichas instituciones el aumento del precio del plan en consideración a una tabla que estas elaboran, sobre la base de una estructura fijada por la Superintendencia, que pondera los factores sexo, condición y edad de los cotizantes.

La requirente señaló que la aplicación de la mencionada disposición vulneraba las garantías constitucionales a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la propiedad.

El Tribunal, innovando en su jurisprudencia, se refirió extensamente a los derechos sociales. El reconocimiento y caracterización de los derechos sociales que el Tribunal efectuó en esta sentencia supone un significativo avance en la protección de los derechos humanos en la justicia constitucional chilena.

El Tribunal señaló que los derechos sociales, que emanan de la dignidad de toda persona, se caracterizarían por ser derechos propiamente tales y no simples

declaraciones o meras expectativas, cuya materialización, por tanto, no puede depender de las disponibilidades presupuestarias del Estado.

Señaló a continuación que los derechos sociales permiten exigir ciertas prestaciones de los sujetos obligados. Al respecto, citando doctrina extranjera, agregó dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, se refirió a que los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos. Así citó, como ejemplo, que entre los derechos civiles más básicos se encuentran también derechos de prestación, como el derecho a un juicio imparcial. En segundo lugar, señaló que existen derechos de contenido social que resultan directamente exigibles.

Agregó que la realización de los derechos sociales se encuentra estrechamente vinculada al respeto de otros derechos. Así, el derecho a la protección de la salud se haya sustancialmente ligado al derecho a la vida y a la integridad, tanto física como síquica.

A continuación, el Tribunal volvió a innovar respecto a su jurisprudencia tradicional que ha otorgado amplia protección de las libertades individuales, reconociendo incluso limitaciones a dichos derechos para la protección, esta vez, de los derechos sociales. Se refirió, además, a que la obligación de respetar y garantizar los derechos sociales no solo correspondía al Estado, sino, también, a los particulares, debido a la supremacía constitucional que obliga a toda persona y a la intangibilidad de los derechos fundamentales.

En un argumento que resulta fundamental a la hora de regular ciertas actividades económicas de los particulares que recaen en ámbitos especialmente sensibles para la realización de los derechos sociales, el Tribunal agregó que el deber de los privados de respetar y promover los derechos era especialmente exigente con respecto a aquellos sujetos a los cuales la Constitución les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos, como ocurre con las instituciones de salud previsional con relación al derecho a la salud. Señaló que el desarrollo de las actividades empresariales y el ejercicio del dominio se encuentran sujetos a límites y obligaciones legítimas que derivarían de la función social de la propiedad. Por último, en este punto agregó que en la celebración de contratos, los privados debían respetar lo establecido en la Constitución, por lo que no se podían incorporar cláusulas que desconocieran o aminoraran los derechos.

Luego de esta extensa argumentación respecto a los derechos sociales, el Tribunal se refirió a la afectación que la disposición impugnada producía al derecho a la igualdad y a la libre elección del sistema de salud.

El Tribunal descartó el alegato de la requirente en cuanto a que el legislador habría establecido una diferencia arbitraria al autorizar a las ISAPRE para ajustar los precios de los contratos de salud vigentes, considerando como factores la edad y el sexo de los beneficiarios. Señaló que la sola consideración de estos factores no permitía sentenciar la existencia de discriminación, toda vez que estos eran criterios objetivos y de general aplicación.¹⁰

Se señaló, en cambio, que constituía una discriminación la magnitud del aumento del precio del plan en el caso particular de la mujer que había recurrido, por lo que la ley que permitía a la ISAPRE aplicar dicha diferencia debía declararse inconstitucional.

Sin embargo, en definitiva, el Tribunal declaró que acoge el requerimiento solo con relación al derecho de salud y en cuanto a que la aplicación de la ley afecta el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud privado. El significativo aumento en el precio del plan, unido a la situación desmedrada en que se encontraba la requirente, suponía un atentado a su derecho a mantenerse afiliada al sistema previsional privado de salud.

Esta decisión final no supone una contribución sustantiva para el fortalecimiento de los derechos fundamentales de todas las personas. El Tribunal retoma su línea jurisprudencial que otorga una posición central a la protección de los ámbitos de libertad de los derechos, que en este caso tiene sentido para aquellos que pueden escoger el sistema de salud, y da a entender que constituye una amenaza al derecho de salud el no poder mantenerse en el sistema privado. No se trató, en definitiva, de defender un acceso igualitario a prestaciones adecuadas en la protección de la salud de todas las personas.

10 Esta argumentación fue modificada en las sentencias que posteriormente se pronunciaron sobre la misma materia, acogiendo el Tribunal el alegato de discriminación arbitraria de la ley por permitir que, por el solo hecho de que una persona cumpla edad, aumente el precio de su plan de salud. Además, en estas sentencias el Tribunal ha señalado que la ley de las ISAPRES afecta el derecho a la seguridad social. Así, por ejemplo, sentencia Rol n.º 1287-2008 del 2009.

Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano

César Landa*

I. PRESENTACIÓN

El modelo de jurisdicción constitucional es unitario y está consagrado en la Constitución de 1993, continuando la senda iniciada en la Constitución de 1979. Este modelo unitario, pero imperfecto, incorpora en su seno un sistema jurisdiccional de control constitucional concentrado en el Tribunal Constitucional (lo que no le impide realizar también un control concreto a través de los procesos de libertad) y el control difuso en el Poder Judicial.

La misma Constitución Política (CP), en su Título V: «De las garantías constitucionales», reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Carta Magna y lo convierte en instancia de fallo. En tanto, tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales con rango de ley, así como para resolver los conflictos de competencias y atribuciones entre los poderes y órganos constitucionales; y tutelar los derechos fundamentales, en última instancia, mediante la revisión de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento (art. 202, incs. 1, 2, 3 CP).

La Constitución de 1993 establece, en el Capítulo VIII referido al Poder Judicial, en el Título IV: «De la estructura del Estado», por un lado, la potestad del control difuso de las leyes, en tanto que «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera» (art. 138 *in fine*, CP). No obstante, por otro lado, cabe precisar que le corresponde resolver también al Poder Judicial, en primera y en segunda instancias, los procesos de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional goza de un rol interpretativo de la Constitución prevalente sobre el Poder Judicial, en tanto controla las resoluciones

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Las opiniones vertidas en el presente artículo son realizadas a título personal.

judiciales, mediante los procesos constitucionales señalados. Más aún, el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (art. 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC).

Con el Código Procesal Constitucional (CPC) del año 2004, se sistematizaron y codificaron las normas que regulaban, en forma dispersa, los procesos constitucionales. Pero lo más importante fueron las innovaciones en las instituciones procesales que han otorgado autonomía procesal al Tribunal Constitucional para defender los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución.

Dentro de este marco, el CPC ha venido a regular los procesos constitucionales de amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data* y de cumplimiento (Título I, CPC), cuya finalidad es la tutela de los derechos fundamentales que están bajo su protección; para lo cual, dichos procesos buscan, *prima facie*, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental (art. 1.º, CPC).

Es importante tener en cuenta que la mayor carga procesal y la que genera mayor repercusión en el sistema de protección de los derechos fundamentales es el proceso de amparo (art. 200-2, CP), que tiene como finalidad primordial la defensa de los derechos fundamentales que no son protegidos por el *hábeas corpus* y el *hábeas data*, frente a violaciones o amenazas inminentes de transgresión de derechos. Cabe resaltar, asimismo, que el proceso de amparo es un medio excepcional de protección; es un instrumento de tutela de urgencia, es decir, que protege no cualquier derecho de configuración legal invocado, sino el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental afectado.

La Constitución de 1993 ha consagrado el proceso de *hábeas corpus* como una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella (art. 200, inc. 1, CP). El modelo de *hábeas corpus* se innova con relación a la Constitución de 1979, en tanto reconoce como el núcleo duro a tutelar la libertad individual, pero también incorpora explícitamente a los derechos vinculados directamente con ella.

Esta ampliación de la tutela de los derechos de la libertad, mediante el proceso constitucional de *hábeas corpus*, supone la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales, en torno a la libertad individual, directamente tutelados por dicho proceso, tales como la libertad y seguridad personal, la integridad personal y la libertad de tránsito (*ius movendi e ius ambulandi*). Estos son, muchas veces, vulnerados en conexión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho de residencia, la libertad de comunicación, la inviolabilidad del domicilio o el debido proceso. Estos dos últimos supuestos son los que precisamente se

han consagrado, al disponer que «también procede el *hábeas corpus* en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio» (2.º párr., art. 4 y el art. 25, inc. 17 del CPC).

Desde el 2002 la jurisprudencia constitucional democrática goza de predicamento no solo en el Poder Judicial, sino también en el ordenamiento jurídico nacional, dado que los fallos constitucionales son vinculantes, de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en el art. VI del Título Preliminar del CPC: «Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional»; y, por otro lado, en el art. VII del Título Preliminar del CPC, al establecer: «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo».

En esta línea jurisprudencial se han incorporado principios interpretativos fundamentales, como el *in dubio pro homine*, el doble carácter de la libertad personal, la garantía de su contenido esencial, así como sus límites, a través del test de la razonabilidad o proporcionalidad, entre otras instituciones. Con ese marco garantista se postula una clara apuesta por la defensa de los derechos humanos y frontal lucha contra la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo. Pero en la actualidad, con el cambio de magistrados constitucionales, esta línea jurisprudencial ha venido aplicando esporádicamente una interpretación restrictiva en materia de derechos humanos, en comparación del período 2004 a 2008.

II. ANÁLISIS DE CASOS

Las sentencias que ahora se presentan son representativas del avance y los límites para la defensa de los derechos fundamentales en el Perú. Repercuten en los niveles social, económico, político y cultural, dentro del contexto de transición de un régimen autoritario de la década de los noventa, que dejó al Tribunal Constitucional en cautiverio, hacia un régimen democrático con fuentes hipotéticas de ese período.

Hoy, sin embargo, la globalización no solo del mercado, sino también de la democracia y de los derechos humanos, inciden en la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, no obstante algunos retrocesos, que pasamos a identificar en los siguientes derechos.

1. Derecho a la vida

La sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 03173-2008-PHC/TC, en mayoría, confirmó el archivo de la investigación judicial contra el marino Teodorico Bernabé por la matanza de El Frontón, en 1986, durante el primer gobierno de Alan García Pérez. El investigado interpuso una demanda de *hábeas corpus* para que esos hechos fueran declarados prescritos, a pesar de que no habían sido aún investigados en un proceso judicial justo para ambas partes: los familiares de las víctimas y el demandante del *hábeas corpus*. Con dicha decisión constitucional en mayoría, el Estado peruano incumplió con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expedida en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú* (sentencia del 16 de agosto de 2000); de allí que, el voto en minoría expidió un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, declarando imprescriptibles los delitos de lesa humanidad.

El Tribunal Constitucional (voto en minoría) analiza la prescripción de la impunidad respecto a los casos de graves violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno, en la medida de que no fueron objeto de investigación por parte de las autoridades policiales, fiscales y jurisdiccionales, siendo el propio Estado responsable de fomentar la impunidad.

Además, la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional respecto a la investigación de las violaciones a los derechos humanos es amplia sobre las desapariciones forzadas del señor Genaro Villegas Namuche, ocurrida en el año de 1992, Gabriel Orlando Vera Navarrete, quien tenía varios procesos penales en el caso de ejecuciones arbitrarias cometidas por los integrantes del denominado Grupo Paramilitar Colina, en los sucesos conocidos como las matanzas de La Cantuta (1992) y de Barrios Altos (1992), entre otros.

Las ejecuciones arbitrarias ocurridas en el penal El Frontón pueden ser definidas como «los homicidios, individuales o colectivos, perpetrados por agentes del Estado, fuerzas privadas, particulares, grupos paramilitares u otras fuerzas bajo su control, por orden de un Gobierno o bajo su complicidad, tolerancia o aquiescencia fuera de un proceso judicial»;¹ más aún, cuando la Comisión de la Verdad y Reconciliación, encargada de investigar la violencia ocurrida en la década de los ochenta y noventa entre los grupos terroristas y las fuerzas de seguridad, concluyó que fueron ejecutados extrajudicialmente por agentes del Estado.

1 *Informe final. Primera parte. El proceso, los hechos, las víctimas*, Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, Lima: CVR, tomo VI, p. 142, 2003.

A contracorriente del voto en mayoría, se puede señalar que es una obligación constitucional del Estado peruano investigar las violaciones a los derechos humanos, de conformidad con el art. 44 de la Constitución, y constituye un deber primordial del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos».

Tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal ha señalado: «El deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El derecho internacional de los derechos humanos, de esta manera, vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del derecho penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción».

La gravedad de las violaciones a los derechos humanos ha llevado a la comunidad internacional a plantear, expresamente, que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades por tales hechos.

A pesar del voto en mayoría, cabe precisar que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad constituye, en un proceso constitucional, un principio que no admite subterfugios procesales. Su aplicación evita la impunidad y permite a los Estados cumplir con sus obligaciones en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. La determinación de cuándo se está frente a un crimen de lesa humanidad constituye una labor jurisprudencial de particular importancia, a la que viene contribuyendo, en forma decisiva, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de setiembre de 2006).

2. Derecho a la libertad personal

En la STC 7624-2005-PHC/TC, Hernán Ronald Buitrón Rodríguez interpuso demanda de *habeas corpus* y solicitó su inmediata excarcelación, por haber transcurrido en exceso el plazo máximo de 36 meses de detención sin sentencia, previsto en el Código Procesal Penal. En el proceso que se le siguió por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, adujo que, en su caso, se vulneraba el derecho a ser juzgado

en un plazo razonable, reconocido en el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional analizó el problema principal, que era que el plazo de 36 meses previsto para los procesos ordinarios por delitos de tráfico ilícito de drogas podía ser prolongado, excepcionalmente. Pero esta prórroga debía estar debidamente motivada, siempre y cuando la dilación fuera imputable al procesado o cuando la complejidad del caso —ajena a la actividad del órgano jurisdiccional— exigiera una especial prolongación de la investigación. Dicha prórroga, de ser objetivamente necesaria, podrá ser hasta por el máximo previsto en la ley.

Al revisar el fallo judicial, el juez constitucional puso en la balanza el derecho a la libertad personal relacionada con la detención preventiva y el plazo razonable de detención. También ingresó a ver la actuación de los órganos judiciales, el deber del juez penal de dotar de prioridad al *hábeas corpus* y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido en el Perú.

En ese entendido, el Tribunal Constitucional hizo referencia a la falta de diligencia de los órganos judiciales, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera «formalmente» respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «[...] nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad» (caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, sentencia del 4 de diciembre de 1991).

Aparte de la gravedad que este ilícito conlleva, existen otros factores de complejidad, tales como la cantidad de procesados, ya que se trata de un delito cometido por grandes y complejas organizaciones delictivas, lo que implica un elevado número de imputados, factor que definitivamente incide en la duración del proceso.

En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

En consecuencia, «[...] la demora solo puede ser imputable al acusado si este ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención

de atrasar el procedimiento» (Informe n.º 64/99, caso 11778, Ruth del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, caso Wemhoff, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 2; y caso Neumeister, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 2).

Al final, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda en razón a que se verificó que el demandante hizo uso de los recursos legales con el fin de dilatar el proceso, lo que constituye una *mala praxis* procesal que no puede ser usada a favor de su responsable.

3. Derecho fundamental a la pensión

En la STC 1417-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional dio la razón al señor Manuel Anicama Hernández, quien pretendía el reconocimiento de una pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, que le fue denegada administrativamente, porque a juicio de la Oficina de Normalización Previsional no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtener el derecho. En consecuencia, se le denegó la pensión, a pesar de que, según alegaba, cumplía con los requisitos legales para obtenerla.

Es interesante ver que en esta sentencia se analiza el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, la garantía institucional de la seguridad social y el derecho fundamental a la pensión, pues en Perú uno de los mayores problemas es el acceso a la pensión y, sobre todo, a una pensión digna, debido a que el Estado no cumple, muchas veces, con el rol de protección de los derechos sociales, como es el caso del derecho fundamental a la pensión.

El Tribunal constitucional analizó el concepto de derecho fundamental y sostuvo que comprendía «tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades».

Además, sostuvo que la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución se debe interpretar a partir de la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados; lo que da lugar a que existan más derechos fundamentales de los previstos en la Constitución, en la medida que emanen de la dignidad humana o de los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (art. 3.º, CP). A lo señalado cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos

fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Motivo por el cual, el derecho a la pensión tiene ámbitos de protección mediante el proceso constitucional de amparo, cuando a los jubilados que habiendo cumplido los requisitos legales se les niegue el acceso al sistema de seguridad social o, presentada la contingencia, se les deniegue el reconocimiento de su pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Y si se intenta ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello solo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital; mientras que, los reajustes pensionarios por encima de la pensión mínima y demás beneficios de viudez y orfandad deben ser ventilados en la vía judicial ordinaria.

En el presente caso se determinó que sí hubo una vulneración al reconocimiento de una pensión mínima vital; más aún, esta sentencia fue aprobada como un precedente constitucional obligatorio, es decir, con efectos normativos *erga omnes* (art. VII del Título Preliminar, CPC).

4. Derecho al medioambiente

En la STC 03343-2007-PA/TC, Jaime Hans Bustamante Johnson interpuso demanda de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PETROBRAS), por considerar que se amenazaron sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al agua de una localidad del Amazonas, conocida como Cordillera Escalera. Solicitó que se repusieran las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspendiera la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida Cordillera Escalera.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y enfatizó su decisión en la protección del medioambiente y defensa de la Constitución ecológica,

entendida como el conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medioambiente. La Constitución ecológica explica que la relación entre el desarrollo sostenible y las generaciones futuras comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica, de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de esta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y venideras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarburos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica.

Para el análisis del medioambiente se utiliza el principio de prevención, que se desprende de la faz objetiva y prestacional del Estado; en virtud del cual es inherente al derecho garantizar el goce de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que debe ser concretado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente, como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica.

Las comunidades nativas involucradas en la Cordillera Escalera obtienen protección en función del derecho a la identidad étnica y cultural (art. 2, inc. 19, de la CP), del cual se desprende una clara dimensión objetiva, en cuanto se obliga al Estado a proteger el medioambiente, soporte de la pluralidad étnica y cultural existente en las naciones amazónicas. Igualmente, debe tenerse presente que el art. 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.

Estos criterios se corresponden con los recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam* (sentencia del 28 de noviembre de 2007). En dicha sentencia se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que: «[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre,

informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones» (*Pueblo de Sarakama vs. Surinam*, fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, y facilita la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

El convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 169 (art. 6, lit. a) indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

En el caso en mención, la demanda de amparo fue declarada fundada hasta que la empresa no cumpliera con acreditar, en coordinación con los pueblos indígenas involucrados, las autoridades locales y nacionales competentes, un plan maestro que determinara la compatibilidad de la explotación de recursos naturales con la protección del medioambiente.

5. Derecho electoral a ser elegido

En la STC 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos interpuso demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con la finalidad de que se declarara la nulidad de la resolución n.º 156-2005-JNE, emitida en el procedimiento electoral, mediante la cual se declaró su vacancia en el cargo de alcalde del Concejo Provincial de Chiclayo, pues consideraba vulnerado su derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y a la debida motivación de las resoluciones y contravenía la proscripción de avocamiento a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional interpretó, bajo los principios de unidad y eficacia integradora, los arts. 142 y 181 de la Constitución, que tienen por propósito garantizar que ningún otro poder del Estado distinto del JNE se arrogue la administración definitiva de justicia en asuntos electorales. Sin embargo, cuando el JNE ejerce sus funciones en abierta contravención de los derechos fundamentales, el asunto escapa de los contornos estrictamente electorales y se torna en una cuestión de relevancia constitucional directa, pues ningún órgano está exento de control constitucional.

El Tribunal examinó la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados

internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Así, ha tenido ocasión de señalar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (sentencia del 23 de junio de 2005), que: «Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, este debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral».

La cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una *relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales*. No puede olvidarse que el art. 29.b de la Convención proscribía a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».

El Tribunal Constitucional estimó la demanda por considerar que el JNE emitió una resolución de vacancia, cuando no existía una sentencia penal firme e irrevocable que sustentase dicha decisión, violando así la presunción de inocencia y la cosa juzgada.

El derecho a la salud y a recibir el mejor tratamiento médico, y la jurisprudencia uruguaya

Martín Risso Ferrand*

I. EL CONTEXTO

En el Uruguay se encuentra vigente la Constitución de 1967, con las enmiendas de 1989, 1994, 1997 y 2004.

Siguiendo el modelo mayoritario a principios de la segunda mitad del siglo xx en América Latina, la Constitución establece un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes concentrado en el órgano jerarca del Poder Judicial: la Suprema Corte de Justicia. Este sistema, en el que la sentencia de la Suprema Corte, en todos los casos, tiene efectos solo para el caso concreto (nunca efectos generales), viene manifestándose como insuficiente, ya que el cúmulo de actividades del órgano jerarca del Poder Judicial hace que poca atención pueda prestarse a los temas constitucionales. La necesidad de un Tribunal Constitucional o de una sala constitucional en la Suprema Corte es cada día más evidente.

En los hechos, no hay una jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte que pueda considerarse medianamente actualizada, lo que, lamentablemente, atraviesa todo el sistema.

Fuera del tema de inconstitucionalidad de las leyes, a los efectos de la interpretación constitucional, de la defensa de la Constitución y de la aplicación de la norma máxima y defensa de los derechos humanos, la competencia corresponde al Poder Judicial y se distribuye conforme a la ley.

En Uruguay hay una garantía jurisdiccional para la libertad física, el recurso de *hábeas corpus*, que surge directamente de la Constitución (art. 17), y otras garantías implícitas en la Constitución. Además, la legislación ha regulado varias de estas garantías, como ocurre con la acción de amparo, *hábeas data*, etc.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

Sin pretender una descripción total del sistema uruguayo, y solo a los efectos de marcar el contexto para el análisis de la sentencia que adjunto, corresponde señalar que la Constitución, en su texto y espíritu, se aproxima más al modelo estadounidense, pero en general, los intérpretes razonan dentro de los conceptos franceses de mediados del siglo xx. Los mencionados modelos son casi antagónicos, en cuanto al rol de la Constitución, de la ley y del propio Poder Judicial, por lo que se aprecia que existe un problema de fondo difícil de solucionar.

II. LAS SENTENCIAS Y SU RELEVANCIA

En los últimos años se han planteado varias acciones de amparo, promovidas por pacientes de enfermedades graves o terminales, que pretenden recibir el mejor tratamiento existente o el mejor medicamento.

En el año 2007, dos personas que sufrían cáncer renal de células claras promovieron una acción de amparo, a los efectos de que se les suministrara un medicamento nuevo y con buenos resultados.

Se señaló en el accionamiento:¹

El cáncer de riñón de células claras: A pesar de que el carcinoma de células renales (RCC) reporta solo el 2% al 3% de todos los padecimientos malignos en adultos, el cáncer de riñón y pelvis renal es una de las enfermedades malignas más letales del sistema urinario, tal como surge de los estudios técnicos que se acompañan. En efecto, la sobrevida para este tipo de cáncer es de 13 meses. Conforme a estudios realizados, el 50% de las personas que padecen cáncer renal muere dentro del año desde que se le diagnosticó la enfermedad, y esto se debe no solo a que es un tipo de cáncer sumamente maligno, sino a que generalmente cuando se lo detecta se encuentra en una etapa muy avanzada. En Uruguay se han presentado pocos casos de este tipo de cáncer.

Tratamiento del RCC metastásico: Originariamente, el único tratamiento médico para el RCC era el Interferón o la Interleuquina, que presentaban muy baja e ineficiente tasa de respuesta, pues solo daba un 6% de posibilidad de estabilizar la enfermedad.

1 Cabe aclarar que el texto que sigue no es una cita literal, sino que fue parcialmente modificado para facilitar el planteo de la información y la lectura.

Hace poco más de un año se descubrió una nueva droga para este tipo de cáncer y se empezó a utilizar para tratar a las personas que sufrían cáncer renal: medicamento denominado Sutent-Sunitinib (en adelante Sutent).. Tal como surge del documento que se acompaña, Sutent es la primera droga aprobada que ha demostrado, mediante un estudio clínico de fase III, una eficacia superior a la inmunoterapia en el tratamiento de primera línea del cáncer renal avanzado, habiendo quintuplicado la tasa de respuesta y duplicado la supervivencia libre de progresión, frente al Interferón (11 meses para Sutent y 5 meses para Interferón alfa).

Cabe destacar que un estudio en fase III es un estudio por demás avanzado, que implica que ya se ha demostrado la eficacia del medicamento en fase I y II, y que se ha experimentado con resultados exitosos en un alto número de pacientes con esta patología.

Asimismo, se han observado parámetros de calidad de vida superiores en la rama Sutent, con menores tasas de discontinuación por eventos adversos o progresión de la enfermedad.

Tan revolucionario ha sido el referido medicamento, que no solo prolonga la vida y mejora la calidad de vida, sino que, además, conforme a los estudios científicos realizados, fue probado que un porcentaje de pacientes tratados con el Sutent tuvo una respuesta completa, lo que significa una cura del cáncer, pues el tumor desapareció. Esta esperanzadora información implicó un cambio radical en los pronósticos del cáncer renal desde que apareció el Sutent, pues antes el diagnóstico del cáncer renal era una sentencia de muerte inminente.

Aprobación del medicamento por la FDA de los Estados Unidos por el mecanismo *fast track*: La prestigiosa Food and Drug Administration (FDA) de los Estados Unidos de América aprobó el Sutent en el año 2006, mediante el procedimiento *fast track*.

Esto fue así por dos motivos: 1) Se trata de un «producto huérfano»: Los denominados productos huérfanos se caracterizan por: a) tratar una patología amenazadora de la vida; b) que haya necesidad de un medicamento para tratar la enfermedad; c) que sea reducido el porcentaje de personas que padezcan la enfermedad; d) que no existan otros métodos más eficientes para tratar la enfermedad. En estos casos se justifica una «vía rápida» para la aprobación lo que, si bien no es frecuente, sí se hizo en este caso. 2) Bondades del producto debidamente acreditadas: La FDA comprobó que se trata de un medicamento excepcional para el referido tipo de cáncer, que supera ampliamente a todo otro medicamento o tratamiento alternativo. En otras palabras, no se podía demorar la habilitación al público de tan trascendente fármaco.

Sutent también fue aprobado por la European Medicines Agency (EMA): La EMA, que es la agencia de la Unión Europea, con sede en Inglaterra, de evaluación y aprobación para la comercialización comunitaria de fármacos de uso medicinal, cuyas resoluciones se aplican en toda la Unión Europea, también lo aprobó para el tratamiento en primera y segunda línea del cáncer renal avanzado y metastático, presentando un perfil de seguridad manejable.

Otros estudios también confirman las bondades del medicamento: A la luz de los resultados obtenidos, el Sutent ha sido considerado por los expertos el nuevo tratamiento estándar de referencia en primera línea de cáncer renal avanzado, de acuerdo con lo publicado en la última reunión de la Sociedad Americana de Oncología Clínica (ASCO, 2007).

Es importante insistir en este punto, pues internacionalmente el Sutent no se utiliza en segundo término, cuando fracasan otros tratamientos, sino que se emplea directamente desde el momento del diagnóstico, como tratamiento en primera línea.

Fue, asimismo, recomendado por el centro oncológico de excelencia Memorial Sloan Kettering Cancer Center (MSKCC) de Estados Unidos: Resulta por demás elocuente lo dictaminado por el Comité de Ética designado en dicho estudio. En efecto, se realizó un estudio científico comparativo sobre la eficacia del Sutent frente al Interferón para el tratamiento de pacientes con RCC metastásico. Así, se les suministró en forma aleatoria a algunos pacientes con este tipo de cáncer el Interferón y a otros el Sutent. Dicho estudio fue programado para un período prolongado, con tres análisis provisionarios durante ese período. Luego de analizar y debatir los resultados de dicho análisis provisionario, el Comité de Ética designado consideró que frente a los excepcionales resultados en los pacientes que habían tomado Sutent, en comparación con los que habían recibido el Interferón, no resultaba ético que siguieran tomando este último, y decidió detener el estudio, para permitir que los pacientes en el grupo de Interferón fueran cruzados al grupo de Sutent.

Se debe tener en cuenta, además, que el Sutent ha sido incorporado a la principal guía de tratamiento oncológico internacional (Nacional Comprehensive Cancer Network, ref. NCCN Guidelines), en la que se establecen las pautas de tratamiento internacionalmente reconocidas. Si se repasa en dicha guía, se advertirá que se establece al Sutent como tratamiento de primera línea para el cáncer renal. Debe destacarse, además, que se lo incluye como un tratamiento categoría 1, lo que significa que existe un consenso uniforme en los especialistas, basado en un alto nivel de evidencia y recomendación apropiada.

Asimismo, se ofreció como prueba testimonial la declaración de la directora técnica del Laboratorio BBB, la química farmacéutica Eliana Pose, que confirma y aclara a la sede sobre lo anteriormente dicho.

El MSP autorizó el medicamento: El Ministerio de Salud Pública registró y autorizó la venta del Sutent-Sutent (n.º de registro 21217 de junio de 2006).

Mutualistas, hospitales y oncólogos están recetando y utilizando el medicamento en Uruguay: Según surge del certificado contable solicitado al Laboratorio BBB, varias son las instituciones médicas que están comprando regularmente el medicamento (se vende en cajas de 28 cápsulas que se consumen una por día y luego se descansa durante 14 días). Así, a título de ejemplo, están recetando y suministrando a sus pacientes el medicamento: Casa de Galicia, partidas de cuatro cajas; COCEMI, partidas de una caja; COMECA, partidas de dos cajas; Dirección Nacional de Sanidad de las Fuerzas Armadas, partidas de doce cajas; Summum, partidas de diez cajas; Hospital Británico, partidas de tres cajas; Hospital Italiano, partidas de una caja; Mutualista Obrera de Juan Lacaze, partidas de una caja; Servicio Médico Integral, partidas de doce cajas; Servicio Médico Quirúrgico de Salto, partidas de diez cajas. La referencia a las partidas regulares significa que se compran las cajas para seguir el tratamiento con el orden temporal mencionado, esto es, se repiten las compras cada cuarenta y cinco días, aproximadamente.

Conclusiones sobre el Sutent: A esta altura de los estudios científicos, y de los resultados obtenidos en el extranjero, e incluso en Uruguay, no puede dudarse que:

- 1) El Sutent es el único tratamiento (medicamento) razonablemente ético para el cáncer renal de células claras, superando ampliamente a todos los anteriores.
- 2) En Estados Unidos, en Europa, en todo el mundo, y también en Uruguay (la mayoría de las mutualistas) se reconoce lo anterior y se prescribe el medicamento con excepcionales resultados.
- 3) No resulta a esta altura admisible seguir utilizando medicamentos cuyos resultados son infinitamente inferiores a los de Sutent.

Este amparo fue rechazado por sentencia 2/2007, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Tercer Turno. Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno confirmó el rechazo del amparo por sentencia 101/2007. Los argumentos fueron, en síntesis: 1) que se trataba de competencia del Ministerio de Salud Pública; 2) que los jueces no podían intervenir en temas que hacen a la política sanitaria nacional; y 3) en cierta forma se incluyeron criterios utilitaristas, en tanto los jueces no podían decidir dar un medicamento que comprometiera la salud financiera del sistema y luego terminara ocasionando problemas a otros enfermos.

Debe señalarse que cuando estaba preparándose la denuncia contra Uruguay ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la autoridad sanitaria decidió comenzar a entregar el medicamento. Pero a partir de ese momento surgieron otros pronunciamientos en contrario, como por ejemplo la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, n.º 159, del 30 de junio de 2008.² También debe mencionarse la evolución del juez Pablo Eguren en la materia, que acogió una acción de amparo por sentencia del 14 de julio de 2009.

Estas sentencias ponen de manifiesto dos cosas: 1) el atraso de ciertos conceptos jurisprudenciales, sin duda superados en otros países, que conducen al rechazo de estas acciones por los fundamentos mencionados; y 2) una cierta efervescencia del tema, dentro de la que se van abriendo camino sentencias cada vez más frecuentes, más amplias y más protectoras de los derechos humanos.

Quizás se puede decir que dentro de un cierto atraso jurisprudencial y doctrinal en estos temas, parece que estamos en un proceso de franca evolución.

2 Sobre este pronunciamiento puede verse: OCHS, Daniel: «Una encrucijada jurídica y bioética superada por un encomiable fallo de amparo sanitario», y RODRÍGUEZ, Alicia: «El alcance del derecho fundamental a vivir una vida digna», ambos en *Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 9, año 2009, pp. 281 y ss. y 295 y ss., respectivamente.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Venezuela

Jesús M. Casal*

I. INTRODUCCIÓN

1. Caracterización general del sistema de justicia constitucional

El sistema venezolano de justicia constitucional se caracteriza por reunir mecanismos procesales de control concentrado y de control difuso de la constitucionalidad de las leyes. El máximo tribunal de la República tiene competencia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución y todos los jueces están facultados para desaplicar las leyes incompatibles con ella. De ahí que tradicionalmente el sistema de justicia constitucional haya sido calificado como mixto o integral.¹

Su calificación como integral tiene la virtud de no sugerir la falsa idea de que el sistema, de pilares históricos compartidos con el colombiano, se origine en una simple suma o yuxtaposición de elementos tomados de modelos jurídicos foráneos, en particular, de la recepción de mecanismos empleados en los Estados Unidos, en lo que atañe al control difuso, o en Europa, en lo que respecta al control concentrado. Además, ofrece la ventaja de dar cabida en su radio semántico a una institución procesal fundamental para el funcionamiento del sistema de justicia constitucional: el amparo constitucional.

El sistema venezolano podía ser denominado, hasta la aprobación de la vigente Constitución en 1999, como un sistema dual o paralelo,² en la medida en que los componentes concentrados y difusos de control no estaban conectados o articulados entre sí, pues discurrían por cauces judiciales independientes, sin que

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Doctorado de la Universidad Central de Venezuela.

1 Cf. BREWER-CARÍAS, Allan: *Instituciones políticas y constitucionales, justicia constitucional*, T. VI, EJV/UCAT, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 81 y ss.

2 Sobre esta categoría *vid.* GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho procesal constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 133 y 135.

estuvieran previstas formas de intervención de la instancia judicial encargada del control concentrado de la constitucionalidad (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia) en los casos resueltos por los jueces en ejercicio del control difuso. La Constitución de 1999, que creó una Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia, intentó colmar esa carencia estableciendo la facultad de esta Sala para revisar las sentencias de los tribunales en las que se hiciera uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes (art. 336, n.º 10), lo cual evita disparidad de criterios entre los jueces sobre la compatibilidad de alguna ley con la Constitución y permite a la Sala decir la última palabra sobre este asunto. El desarrollo jurisprudencial de esta facultad la ha configurado como un control que tiene carácter de orden público y que procede aun en ausencia de una solicitud de las partes del proceso en que la ley fue desaplicada, en virtud de la obligación fijada pretorianamente a los jueces de remitir a la Sala Constitucional copia de todas las decisiones en que desapliquen alguna norma legal por estimarla inconstitucional.

Hoy resultaría, por tanto, completamente inapropiado calificar al sistema venezolano como dual o paralelo, mientras que su adjetivación como mixto o integral sigue siendo válida, si bien hay que introducir algunos matices. En particular, debe apuntarse que la creación y funcionamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia han producido un efecto de concentración o centripeto no despreciable. El modelo de control de la constitucionalidad es sin duda mixto, integral o híbrido, por las razones señaladas, y el texto constitucional es al respecto muy claro, al contemplar expresamente la facultad de todo juez de desaplicar las leyes contrarias a la Constitución (art. 334), pero la justicia constitucional ha experimentado varios cambios a causa de la incorporación de un nuevo actor, dotado de amplias potestades, como lo es la mencionada Sala Constitucional.

Su condición de órgano especializado en la materia constitucional, cuyas interpretaciones de la Constitución tienen carácter vinculante para todos los jueces del país y que ostenta, en virtud de la interpretación del texto constitucional adelantada por la propia Sala, facultad para revisar y anular decisiones judiciales adoptadas por los tribunales en esa materia, incluyendo a las de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, otorga a esta Sala un estatus institucional y unos poderes que han repercutido en los perfiles generales del sistema. Ello en atención no solo a la regulación de la justicia constitucional contenida en la Carta Magna de 1999, sino, también, a causa de la visión expansiva de la Sala sobre las competencias que le corresponden.

En lo que concierne a estas modulaciones en la caracterización del sistema como mixto o integral, son dignos de mención los criterios de la Sala Constitucional

sobre la significación y alcance del efecto vinculante de las interpretaciones constitucionales establecidas por ella, previstos en el art. 335 de la Constitución, así como sobre el ámbito del control difuso de la constitucionalidad. El efecto vinculante tiende a ser entendido como un instrumento al servicio del respeto a la autoridad de la Sala Constitucional y del acatamiento de la doctrina constitucional sentada por ella mediante sentencias, con un énfasis marcado en el aseguramiento de la obediencia de los jueces, que puede ser garantizada por medio de la extensa facultad de revisión de sentencias que la Sala se ha atribuido jurisprudencialmente. Esto aunado a la falta de desarrollo de criterios adecuados para conjugar el papel coordinador o rector de la Sala Constitucional en la interpretación constitucional con la contribución que cabe esperar de los jueces ordinarios, a los que la Constitución también encomienda la garantía de la integridad de la Constitución (art. 334).

En otras palabras, no ha sido posible poner en consonancia la regla del precedente vinculante con la importante participación de los jueces en la adaptación y progreso de la interpretación constitucional, lo cual está conduciendo a una reducción de la iniciativa y de la autonomía —no de la libertad— de los jueces para la interpretación de la Constitución en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

En cuanto al tratamiento del ámbito del control difuso de la constitucionalidad, es preocupante la posición de la Sala Constitucional, fijada mediante doctrina vinculante, pero afortunadamente no sostenida de manera reiterada, de considerar que el control difuso solo puede ejercerse en caso de contradicción literal o textual entre la norma legal y la Constitución, mientras que la revisión de la constitucionalidad de las leyes a partir de principios constitucionales estaría reservada a la Sala Constitucional. Nada en la Constitución autoriza una tal reducción del control difuso de la constitucionalidad, pues resulta evidente que la Constitución es una sola, no una para la jurisdicción constitucional y otra para la jurisdicción ordinaria.

Aunque este criterio no se ha consolidado, representa una señal de efectos disuasorios para los jueces ordinarios; ellos siempre han sido, aun durante la vigencia de Constituciones anteriores, bastante cautelosos ante el ejercicio del control difuso, inclinación que hasta ahora ha sido en parte propiciada por la propia jurisprudencia constitucional. El relativo abandono de esta doctrina jurisprudencial puede explicarse por el paralelo afianzamiento de la obligación de los tribunales de remitir a la Sala Constitucional, para su revisión, copia de todas las sentencias en que desapliquen leyes en virtud de su inconstitucionalidad, con lo cual dicha Sala dispone de amplias posibilidades para anular aquellas que estime erróneas.

2. Competencias de la Sala Constitucional

La Sala Constitucional ostenta amplias atribuciones para el control de la constitucionalidad de las leyes y la protección de la Constitución. La suma de las competencias que expresamente le otorgan la Constitución y la ley, así como de las que jurisprudencialmente le han sido reconocidas, arroja un conjunto de poderes que no tiene parangón en el derecho comparado. A la Sala Constitucional corresponde, entre otras competencias: el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes tanto nacionales como estatales, así como el de las ordenanzas municipales y el de otros actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, después de su suscripción y antes de su ratificación, a solicitud del presidente de la República o de la Asamblea Nacional; el control automático de los decretos presidenciales que declaren un estado de excepción; la declaración de la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador y la fijación del plazo y eventualmente de los lineamientos para su corrección, así como la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquier otro órgano del poder público nacional; la resolución de las colisiones entre leyes y de las controversias constitucionales entre órganos del poder público; la revisión de las sentencias definitivamente firmes dictadas por los jueces en procesos de amparo o en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad y de las pronunciadas en otros procesos, en caso de advertirse un desacato a la doctrina jurisprudencial vinculante de la misma Sala o errores graves o grotescos de interpretación de la Constitución, entre otros supuestos; el conocimiento de acciones autónomas de amparo y de la acción ordinaria de *hábeas data*; la resolución de la solicitud o recurso de interpretación de la Constitución, y la facultad de avocarse a causas que cursen ante otros órganos jurisdiccionales.

En la práctica, la competencia que tiene más importancia en el trabajo cotidiano de la Sala Constitucional es la de conocer de la acción de amparo, en los casos en que esta se interpone en forma autónoma y su conocimiento corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, facultad esta que antes estaba repartida entre las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia, pero que fue asumida jurisprudencialmente por la Sala Constitucional desde sus primeros pronunciamientos.

En Venezuela, la competencia para la resolución del amparo se encuentra repartida entre los distintos tribunales de la República, según una regla de afinidad por materia y en atención a la localidad en que se haya producido la vulneración alegada, pero en el supuesto de amparos interpuestos contra altas autoridades del Estado, de amparos contra decisiones judiciales dictadas por jueces superiores o de amparos

conocidos por estos en primera instancia la Sala Constitucional se ha reservado el conocimiento de esta acción, o de su apelación o consulta en el último supuesto.

Si se conectan estas competencias de la Sala Constitucional con los aspectos procesales del desarrollo legislativo y jurisprudencial, se concluye que ante la Sala Constitucional pueden tramitarse principalmente los siguientes procesos:

- la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes o actos de efectos generales;
- la acción popular de inconstitucionalidad por omisiones legislativas o de otros órganos del poder público;
- la solicitud de control previo de la constitucionalidad de tratados internacionales;
- el control de los decretos que declaran un estado de excepción;
- el recurso de colisión entre leyes;
- el recurso por controversias constitucionales entre órganos del poder público;
- la revisión de sentencias definitivamente firmes, a instancia de parte o de oficio;
- el amparo constitucional;
- la acción ordinaria de *habeas data*;
- la solicitud o recuso de interpretación de la Constitución;
- el avocamiento a alguna causa, a instancia de parte o de oficio.

Este amplio elenco de competencias y procesos está acompañado del efecto vinculante que la Constitución (art. 335) atribuye a las interpretaciones establecidas por la Sala Constitucional, sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, el cual no solo ha repercutido en su esfera de competencias mediante figuras como la revisión de sentencias por inobservancia de la doctrina vinculante previamente fijada por la Sala Constitucional, sino que ha conducido a que esta Sala se considere facultada para fijar en sus sentencias criterios jurídicos vinculantes, aun cuando no se relacionen directamente con el caso por ella resuelto, así como para imponer, con un endeble asidero normativo, sanciones pecuniaras a los jueces que no los hayan seguido.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este examen comparado de recientes aportes jurisprudenciales en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales resulta también pertinente ofrecer, más cuando la realidad de la evolución constitucional de un país así lo impone, la cara crítica o inquietante del papel que las Salas o Tribunales Constitucionales

pueden llegar a desempeñar al interpretar la Constitución y, en especial, las normas sobre derechos fundamentales o derechos humanos que ella contempla.

Serían muchas las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que podrían escogerse para ilustrar el déficit de garantía de estos derechos, derivado de la actuación de esa alta instancia jurisdiccional. Nos referiremos solo a algunas, las cuales gravitan sobre dos ejes temáticos, que están, a su vez, entrelazados: la colisión entre derechos o bienes constitucionales y las relaciones y posibles conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Los problemas que saldrán a relucir al analizar los respectivos pronunciamientos son expresivos de carencias institucionales propias de un sistema concreto, pero presentan aristas de interés general desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales y de la protección internacional de los derechos humanos.

III. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS COLISIONES CONSTITUCIONALES³

En sentencias recientes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se aprecia la inclinación a abordar, de manera más explícita y frontal que en el pasado, problemas relativos a colisiones constitucionales. Con anterioridad, dicha Sala había tenido que resolver conflictos entre bienes jurídicos, pero no se había hecho patente la conciencia sobre la existencia de una colisión normativa, eventualmente de una colisión constitucional, ni sobre el proceso de ponderación que su resolución comporta. Seguidamente se examinarán dos importantes decisiones de la Sala Constitucional, que representan un intento, en buena medida fallido, de tratar y dirimir adecuadamente las colisiones constitucionales advertidas.

1. Libertad personal, flagrancia y delitos de género

Un pronunciamiento de la Sala Constitucional que ha incursionado en el examen de colisiones constitucionales es el relativo a la interpretación del concepto de flagrancia

3 Respecto de las colisiones constitucionales *vid.*, entre otros, GUASTINI, Riccardo: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 144/145; PRIETO, Luis: «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en CARBONELL, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 141; CASAL, Jesús M.: «Las colisiones constitucionales y su resolución», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n.º 27, 2008, pp. 19 y ss.

en los delitos ligados a la violencia doméstica, que la sentencia denomina delitos de género.⁴ La interpretación flexible del concepto de flagrancia que la sentencia propugna fue fundamentada, como veremos, acudiendo a una ponderación entre el derecho a la libertad personal del posible agresor de una mujer y los derechos de esta potencialmente afectados.

El punto en discusión era si el supuesto especial de la flagrancia, único en el que la Constitución permite una detención sin orden judicial (art. 44.1), debía tener una significación distinta a la usual en los casos de los delitos de género. La jurisprudencia de la Sala Constitucional había abierto ya una puerta a la modulación del concepto de flagrancia en función de la naturaleza del delito cometido, pues en relación con los delitos ligados al tráfico de drogas había declarado que no es imprescindible la percepción directa de la comisión del delito o de circunstancias concomitantes que lo rodeen (flagrancia y cuasi flagrancia), siendo suficiente la seria sospecha, basada en indicios de que el tráfico ilícito de esas sustancias se está produciendo.⁵

En lo concerniente a los delitos de género, la Sala determinó, a partir de la afirmación un tanto apodíctica de que si se exigiera siempre una prueba directa para el arresto policial en los casos de delitos de género estos quedarían impunes, que el concepto de la flagrancia debía ser matizado, de modo que la concurrencia de variados indicios, sumados a la afirmación de la víctima, bastaría para configurar la flagrancia y autorizar a la policía para detener sin orden judicial al implicado.

Dejando de lado otras consideraciones, es digna de análisis la argumentación seguida por la sentencia para sustentar esa conclusión. Como premisa fundamental para apoyar la ductilidad del concepto de flagrancia, la Sala Constitucional invocó una opinión según la cual en el Estado social de derecho, los derechos de la colectividad están por encima de los derechos individuales, por lo que «ante la relevancia y la enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos derechos humanos individuales»; la lucha contra el «mal social» ocasionado por dichos delitos tendría fundamento constitucional. Esta opinión se corresponde con una sentencia previa de la Sala en la cual se había examinado la noción de Estado social de derecho contenida en la Constitución (art. 2) y se había sostenido que en el Estado social venezolano se «antepone el bien común (el interés general) al particular» y los «derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos».⁶ La Sala

4 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 272/2007, del 15 de febrero.

5 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 2580/2001, del 11 de diciembre.

6 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 85/2002, del 24 de enero.

Constitucional se apoyó en estos postulados para atribuir una posición preferente al combate contra el «mal social» derivado de los delitos de género.

Después de sentar esta discutible premisa, la sentencia señala: «[...] el test de la razonabilidad y de la proporcionalidad es el punto de apoyo de la ponderación entre bienes jurídicos de rango constitucional [...] Trasladas estas nociones a los delitos de género, la concreción del test de la razonabilidad y de la proporcionalidad implica que el fin constitucional (la protección de las mujeres víctimas de la violencia de género) solo puede ser logrado de forma efectiva, en lo inmediato, mediante las medidas cautelares de protección, entre ellas, la detención del agresor cuando es sorprendido *in fraganti*; pero determinar si esta medida cautelar de protección es la menos gravosa no puede ser hecho exclusivamente desde la óptica del agresor, que pretende el derecho a la libertad personal estipulado en el art. 44 de la Constitución; sino también desde la óptica de la mujer víctima, que invoca su derecho a la vida libre de violencia con fundamento en los arts. 55 y 22.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Solo de este modo la ponderación de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto adquiere una dimensión real en el ámbito del juzgamiento de los derechos constitucionales en conflicto, recayendo en el juez la responsabilidad de ponderar los aludidos bienes jurídicos, y de aquilatar la efectividad de la medida positiva de protección».⁷

Este razonamiento merece serias objeciones. Aspira a presentarse como ejercicio de una labor de ponderación entre bienes constitucionales, a pesar de que las condiciones básicas para efectuar una ponderación racional resultan de entrada negadas o cercenadas.

En primer término, la ponderación queda inmediatamente planteada y resuelta de manera abstracta y apriorística por la sentencia, pues se afirma axiomáticamente la superioridad de los derechos de la colectividad sobre los derechos individuales y se adscribe la posición de la mujer agredida al primero de ellos, con lo cual la libertad personal del supuesto agresor es relegada a un segundo plano. No es posible tratar racionalmente las colisiones constitucionales si estas pretenden ser solucionadas en forma laxa, con base en la supuesta primacía general de una de las posiciones enfrentadas. Además, la tesis de que los derechos de la colectividad prevalecen sobre los derechos individuales no encuentra asidero en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales del concepto del Estado social de derecho en otros ordenamientos. Aceptarla, con el

7 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 272/2007, del 15 de febrero.

alcance que la sentencia otorga a la noción de derechos de la colectividad, conduciría a la relativización o disolución de los derechos fundamentales.

Según la concepción hoy dominante de la democracia, esta no puede estar divorciada de la protección de esferas de libertad que son definidas, justamente, como conquistas o «triunfos»⁸ frente a los intereses que la colectividad o el Estado invoquen como prioritarios. El interés o derecho revestido con el ropaje de lo colectivo no resulta solo por ello preferente, frente a un interés o derecho individual; en caso de colisión, ambos deben medirse con arreglo a parámetros racionales que aseguren que cada uno sea considerado apropiadamente, lo más ampliamente posible, teniendo muy en cuenta las circunstancias en las que surge la colisión. A igual conclusión se arriba desde los postulados de la democracia constitucional, que lo es, básicamente, porque se garantizan derechos fundamentales cuya existencia no puede ser desconocida por la voluntad de la mayoría.

La sentencia es, pues, confusa y contradictoria cuando intenta efectuar una ponderación entre derechos, después de haber establecido la prevalencia general de uno de los intereses en conflicto. De acuerdo con el párrafo antes reproducido la ponderación se suscita entre derechos constitucionales, los de la víctima, por un lado, y los del supuesto agresor, por el otro, pero previamente la persecución de los delitos de género, como interés colectivo, había sido considerada prioritaria.

Nótese que los argumentos traídos a colación por la sentencia para fundamentar su postura conducirían a la subordinación de los derechos humanos a los intereses estatales referidos a la persecución del delito, ya que la necesidad de evitar el «mal social» derivado de «ciertos delitos» justificaría postergar «algunos derechos humanos individuales», aunque no los «derechos humanos absolutos». Este abordaje del conflicto entre bienes constitucionales vinculado a la lucha contra la criminalidad es francamente erróneo. El combate de hechos delictivos por las autoridades es, en principio, un interés legítimo que puede sustentar la limitación de un derecho fundamental, pero la sola invocación de las consecuencias sociales nocivas que una actividad delictiva probablemente acarree no basta para negar las posiciones individuales, amparadas por derechos fundamentales, que estén en juego. La alusión en este contexto a los «derechos humanos absolutos» confirma, en lugar de disipar, la preocupación señalada, pues pareciera que se está pensando en normas como la prohibición de la tortura, que nunca serían desplazadas por el

8 Siguiendo la difundida expresión de Ronald DWORKIN, recogida en su obra *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 37.

interés público mencionado, de lo cual sería posible inferir que otros derechos individuales esgrimibles frente al poder persecutor y punitivo del Estado quedarían de plano desplazados.

En segundo término, es preciso observar que el intento de aplicar el principio de proporcionalidad a la situación examinada fracasa tan pronto se afirma en la sentencia que, al determinar si existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad personal, no ha de tenerse en cuenta solamente la óptica del agresor, sino, también, la de la víctima. El juicio de proporcionalidad de restricciones o intervenciones en derechos fundamentales se realiza a partir del derecho fundamental afectado y desde esta perspectiva ha de evaluarse la segunda de las manifestaciones de la proporcionalidad, esto es, la estricta necesidad de la restricción, intervención o inexistencia de una medida alternativa menos gravosa. Decir que también ha de hacerse este examen desde la perspectiva del bien jurídico, cuya protección es invocada para justificar la injerencia estatal, es un contrasentido. Este bien jurídico ha de ser apreciado en el tercer escalón del juicio indicado, correspondiente a la proporcionalidad en sentido estricto.

Un problema adicional soslayado por la decisión judicial se relaciona con el deber de respetar los principios formales que estaban involucrados en la colisión. La sentencia reconoce un conflicto entre los derechos del supuesto agresor y los de la víctima, pero no señala que la norma según la cual la detención de una persona sin orden judicial solo es lícita en caso de flagrancia es una regla o disposición normativa clara y terminante, que no puede ser considerada en una ponderación, del mismo modo que las normas en las cuales se consagra genéricamente algún derecho, frecuentemente denominadas principios. Tal como se dijo anteriormente, las reglas son, al menos *prima facie*, resistentes a toda ponderación, pues deben ser cumplidas cabalmente. La posibilidad de introducir excepciones en las reglas jurídicas solo sería admisible, en todo caso, cuando un principio contrapuesto prevalezca tanto sobre los principios formales que exigen el respeto a las determinaciones normativas establecidas por la autoridad legítima, como sobre el principio material que soporte la correspondiente regla (la libertad personal, en lo que atañe al requisito de la flagrancia). Si bien es cierto que la sentencia no se refiere a la introducción de una excepción en la exigencia formulada por el art. 44.1 de la Constitución, sino a una reinterpretación o «reconceptualización» de la noción de flagrancia, el resultado al que se llega equivale a una excepción, a pesar de lo cual la Sala Constitucional obvió los pasos racionales esbozados.

Por tanto, sirviéndose de una argumentación y una ponderación frágiles y contradictorias, la sentencia arriba a una conclusión muy discutible, que relativiza el

alcance de una regla constitucional establecida en defensa de la libertad personal y abre aún más la puerta a ulteriores modulaciones o extensiones del concepto de flagrancia, que terminen vaciando de contenido normativo una exigencia fijada en ejercicio del poder constituyente.

2. Inhabilitaciones políticas y conflictos entre intereses colectivos e intereses particulares

En la sentencia antes comentada ocupó un papel central en la ponderación la supuesta superioridad de los intereses, bienes o derechos colectivos sobre los particulares o individuales. En decisiones previas de la Sala Constitucional tal criterio había sido enunciado, este ha alcanzado ahora una clarísima expresión en el pronunciamiento de dicha Sala referido a las inhabilitaciones políticas acordadas por el Contralor General de la República.⁹ La temática de estas inhabilitaciones políticas y de su tratamiento por la jurisprudencia constitucional tiene numerosas aristas jurídicas que en buena medida escapan al objeto del presente estudio. Solo interesa poner de relieve los argumentos de la decisión concernientes a las situaciones de conflicto entre intereses colectivos e intereses individuales.

En su sentencia, la Sala Constitucional intentó desmontar los alegatos de inconstitucionalidad aducidos contra las inhabilitaciones acordadas por el Contralor mediante una interpretación —más que discutible— de los arts. 42 y 65 de la Constitución, que los hacía cónsonos con tales medidas, y luego pasó a considerar la posible incompatibilidad de estas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El art. 23.2 de esta Convención señala, taxativamente, las razones que pueden fundamentar la limitación de los derechos consagrados en el art. 23.1 y, entre ellas, no se encuentra la que habría sustentado la determinación administrativa de aquella autoridad. Para superar esta objeción la sentencia acudió a una interpretación literalista, en virtud de la cual el art. 23.2 no aludiría a las causales de restricción, sino a las de reglamentación de los derechos enunciados en el primer párrafo del art. 23 de la Convención. Según la decisión, los arts. 30 y 32.2 de la Convención permitirían la introducción de restricciones, aun en supuestos distintos a los previstos en el art. 23.2.

Salta a la vista el artilugio empleado por la sentencia para hacer decir a la Convención lo que en modo alguno dispone, contrariando reglas básicas hermenéuticas,

9 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1265/2008, del 5 de agosto.

según las cuales no cabe la interpretación extensiva, flexible o elástica de normas limitativas de derechos. Tal vez por la falta de solidez de esta vía argumental es que la sentencia terminó aludiendo a una eventual colisión entre la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que pretendió ser resuelta apelando a la supuesta subordinación de los intereses individuales a los colectivos.

El art. 23 de la Constitución establece la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela y su prevalencia en el orden interno, en la medida en que sus normas sean más favorables a las de la Constitución y las leyes, ante lo cual la Sala Constitucional se planteó esta interrogante: «¿Qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más “favorable” que la normativa constitucional interna?» La respuesta de la Sala Constitucional a esta pregunta es también relevante y criticable, desde la perspectiva de las relaciones entre el derecho interno venezolano y el derecho internacional de los derechos humanos, pero esta vertiente de la decisión será dejada de lado para circunscribirnos al razonamiento de la Sala relativo a la resolución de colisiones entre derechos o principios de significación constitucional, bajo la dicotomía entre el bien o interés individual y el bien o interés colectivo, con la particularidad de que en este caso una de las normas en conflicto está contenida en un tratado internacional con jerarquía constitucional.

La interrogante citada procuró ser despejada recurriendo al proyecto político o ideológico subyacente a la Constitución¹⁰ y, en tal sentido, la sentencia sostuvo que: «Estas previsiones contenidas en los arts. 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia».

De esta forma se procuró conectar los arts. 30 y 32.2 de la Convención, referidos a las restricciones admisibles a los derechos allí reconocidos, con la tesis de la superioridad de los intereses colectivos sobre los individuales, la cual se apoyaría en el concepto de un Estado social de derecho y de justicia contrapuesto al Estado liberal.

10 Al respecto la Sala invocó lo ya afirmado en su sentencia n.º 1309/2001, del 19 de julio: «En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado democrático social de derecho y de justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado».

Este criterio es reafirmado por la sentencia cuando examina la compatibilidad entre las señaladas facultades del Contralor y otros instrumentos internacionales invocados por los accionantes: «[...] es inadmisibile la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una convención internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e “imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley” (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción, sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide».

Nuevamente, la jurisprudencia constitucional opta por zanjar irracional o ideológicamente la colisión entre bienes constitucionales. Nada en la Constitución brinda respaldo, por lo demás, a estas aseveraciones de la sentencia. El Estado social de derecho en modo alguno renuncia a la defensa de la libertad y de los intereses subjetivos o individuales, sino que los complementa con la previsión de títulos de intervención del Estado en la vida social y económica, dirigidos a procurar el disfrute efectivo de esos derechos, así como condiciones dignas de vida para todos. Bajo esta forma de Estado la realización de estos fines sociales no pretende hacerse a expensas de los primeros, sino con el más estricto respeto a los intereses subjetivos, especialmente cuando están amparados por derechos fundamentales.

La alusión constitucional a un Estado social de derecho y *de justicia* no puede desnaturalizar o adulterar la definición del Estado como un Estado de derecho, destinado a la protección de la libertad y dignidad humanas, como puede colegirse de los arts. 2 y 3 de la Constitución. También en el Estado constitucional venezolano el principio o punto de partida para el examen de colisiones entre derechos fundamentales e intereses colectivos es la afirmación de la libertad como la regla y de la limitación como la excepción, tal como se desprende del reconocimiento del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en el art. 20 de la Constitución. De ahí que la preponderancia, en una situación determinada, de un interés colectivo sobre otro individual tutelado por un derecho fundamental no pueda derivarse simplemente de su índole pública o colectiva, sino que debe apoyarse

en razones adicionales que justifiquen restringir un derecho que, *prima facie*, está llamado a desplegarse sin cortapisas.

A la luz de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que ha debido tener presente la sentencia comentada es la gravedad, en clave democrática, de la decisión administrativa de inhabilitación adoptada por el Contralor. En un sistema y en una sociedad democráticos todo intento de afectar las posibilidades de manifestación de los ciudadanos en los procesos electorales, como máxima expresión de la soberanía popular, ha de quedar sometido a un severo escrutinio.

La lucha contra la corrupción, como finalidad pública lícita, no puede llevarse a cabo desconociendo los derechos humanos, que es en definitiva lo que plantea la sentencia cuando descarta su violación aduciendo la superioridad de ese interés colectivo. Es muy fácil para el Estado invocar intereses colectivos para fundamentar su actuación y ello en modo alguno justifica un desplazamiento o eclipsamiento de los derechos humanos. Por el contrario, el reconocimiento y protección nacional e internacional de estos derechos surge del convencimiento de que es necesario fijar límites a la intervención estatal en la esfera subjetiva de las personas, en orden a preservar sus libertades básicas. Tales derechos no pretenden, al menos como regla general, imponerse incondicionalmente, por encima de cualquier otra consideración, incluyendo a los intereses colectivos, pues suelen admitir restricciones legales, pero estas se encuentran sujetas a una exigencia y carga de justificación que recaen sobre el Estado.

IV. EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO

El segundo asunto que queremos abordar al examinar la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se refiere al valor reconocido a las sentencias adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de las sentencias que declaren la responsabilidad internacional del Estado venezolano por violar alguno de los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta cuestión se inscribe en una temática más amplia, como lo es la del valor reconocido a los tratados internacionales en general y a los tratados internacionales sobre derechos humanos en particular, así como a las decisiones de organismos internacionales previstos en dichos tratados.

La Constitución vigente proclama, en su art. 23, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, dándoles de este modo un tratamiento

especial frente a los demás tratados, que según una extendida opinión ostentan una jerarquía inferior a la de la Constitución. Dicho precepto establece que esos tratados prevalecen en el orden interno cuando tienen normas acerca del goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las previstas en la Constitución o las leyes. Pese a lo avanzado de esta disposición, la interpretación a la que ha sido sometida terminó desdibujándola y la convirtió en una pieza fundamental del control o filtro impuesto por la Sala Constitucional respecto de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello lo ilustraremos con la sentencia dictada por la Sala Constitucional en el caso de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que fueron destituidos de sus cargos,¹¹ lo cual fue luego censurado por la Corte Interamericana.

1. Antecedentes

La destitución de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se produjo porque estos habían emitido una sentencia en materia de amparo constitucional que comportaba, a juicio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, un error jurídico grave e inexcusable. En concreto, se señalaba que los magistrados habían ordenado, mediante una medida cautelar de amparo, la inscripción de un documento registral inmobiliario, lo cual excedería de lo procedente en sede de amparo constitucional cautelar.

De acuerdo con la legislación venezolana, cuando una instancia judicial superior en grado declara que un juez ha incurrido en un error jurídico grave e inexcusable, él puede ser sometido a un procedimiento disciplinario y, eventualmente, a una sanción de remoción. Así sucedió en el caso bajo análisis, aunque de los cinco magistrados que componían dicha Corte solo tres fueron destituidos, pues uno de ellos fue jubilado y otro no fue sancionado por haber salvado su voto en la sentencia objetada. Estos dos magistrados son cercanos al Gobierno e integran hoy el Tribunal Supremo de Justicia.

Son muchos los aspectos del caso que requerirían de una explicación pormenorizada, pero las limitaciones de extensión nos impiden entrar en todos ellos. Basta con señalar que los afectados cuestionaron su remoción por tres razones fundamentales. Se habría vulnerado, en primer lugar, su derecho al debido proceso y a la defensa, porque la sanción de destitución, que consideraban injustificada o en todo caso

11 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1939/2008, del 18 de diciembre.

desproporcionada, era una consecuencia automática de la declaratoria del error grave e inexcusable, sin que sus alegatos o pruebas ante el órgano disciplinario pudieran desvirtuar lo que ya era una determinación definitiva y obligatoria, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en un proceso en el que ellos no habían intervenido. En segundo término, dicho derecho había sido violado porque la normativa referida a los procedimientos disciplinarios no permitía la recusación de los integrantes del órgano disciplinario. En tercer lugar, objetaban la falta de independencia e imparcialidad del órgano disciplinario, que era una Comisión designada con carácter transitorio por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 (Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia). Esta Comisión seguía y continúa actuando en virtud de la inexistencia de los tribunales disciplinarios previstos en la Constitución. Estimaban que su destitución obedecía a razones políticas, relacionadas con decisiones previas adoptadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en las cuales habían sido anulados actos dictados por autoridades gubernamentales.

Después de intentar infructuosamente los recursos internos, los jueces destituidos acudieron al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, donde el caso fue conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que terminó presentándolo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que en el caso comentado había sido vulnerado el derecho de los magistrados a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial. Esta conclusión encontró un soporte principal en un dato que fue destacado por la Comisión Interamericana en el proceso ante la Corte: los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia podían ser removidos libremente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual había sucedido desde que esa Comisión había sido creada en 1999. Esta falta de estabilidad de los miembros del cuerpo disciplinario ponía en entredicho su independencia, a lo que se sumaba la imposibilidad de plantear su recusación, lo cual atentaba contra la imparcialidad de sus integrantes.

La valoración negativa de la Corte Interamericana sobre la independencia de la citada Comisión estuvo además sustentada en argumentos y pruebas, conforme a

12 Caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182.

los cuales los magistrados de la Corte Primera habían sido objeto de amenazas y descalificaciones provenientes de altas autoridades ejecutivas, así como de medidas concretas de persecución u hostigamiento.

Aunque la Corte Interamericana no acogió la tesis sostenida por el representante de las víctimas, de que el Poder Judicial en su conjunto carecía de independencia, sí declaró que en el caso concreto el Poder Judicial había actuado de manera contraria a la garantía de la independencia judicial. Además, la Corte Interamericana estableció importantes criterios relativos a las implicaciones de esa garantía sobre la organización del Poder Judicial y el régimen de los jueces. En particular, estableció que incluso cuando en un Estado algunos jueces tuvieran el carácter de provisorios por no haber ingresado al Poder Judicial mediante los procedimientos de concurso previstos en la respectiva Constitución, debían gozar de estabilidad en sus cargos, por lo que solo podían ser removidos de ellos mediante la instrucción de un procedimiento en el que quedara demostrada la comisión de una falta de cierta gravedad, sin perjuicio de la celebración del concurso. Esta aseveración de la sentencia suponía una desautorización de la práctica aún imperante en Venezuela de separar de sus cargos, sin procedimiento alguno, a los jueces calificados de provisorios, que para el momento de los hechos eran casi el 80% de los jueces del país.

La sentencia declaró que el Estado debía ofrecer a los magistrados removidos la oportunidad de reincorporarse al Poder Judicial, en un cargo de rango y condiciones laborales similares a las de su destino anterior. También dispuso el pago de indemnizaciones y de otras formas de reparación, y señaló que el Estado debía adoptar las normas legales que permitieran superar la situación de transitoriedad del régimen disciplinario judicial, incluyendo lo relativo a la ausencia de estabilidad de los jueces provisorios.

3. La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Una vez emitida la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo que procedía era darle estricto cumplimiento, a tenor de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 63.1 y 68) y en virtud del principio *pacta sunt servanda*. A igual conclusión conducen los arts. 23 y 31 de la Constitución venezolana, pues el primero establece la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, que se extiende a las normas de la Convención Americana relativas a las atribuciones de la Corte y a la obligatoriedad de sus fallos, y el segundo

reitera el deber del Estado de dar cumplimiento a las decisiones emanadas de organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la Procuraduría General de la República, organismo vinculado al Poder Ejecutivo Nacional, encargado de la defensa de los intereses patrimoniales de la República, interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una solicitud de interpretación directa de la Constitución, relativa a la compatibilidad de la sentencia de la Corte Interamericana con los preceptos constitucionales. La Sala Constitucional declaró que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era inejecutable y, no conforme con ello, solicitó al Ejecutivo Nacional proceder a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la usurpación de funciones y la violación de la soberanía del Estado venezolano en que habría incurrido dicha Corte.

Para la Sala resultaba inaceptable que la Corte Interamericana no se hubiera limitado a acordar una indemnización: «La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y la administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999».¹³

Adicionalmente, para la Sala Constitucional resultaba censurable que la Corte Interamericana, al establecer la obligación de reincorporar a los magistrados destituidos, hubiera pretendido afectar la firmeza de decisiones adoptadas por el Poder Judicial venezolano, que habían adquirido el carácter de cosa juzgada. Por último, rechazó que la Corte Interamericana cuestionara la imparcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia, como también que planteara la necesidad de revisar el régimen de los jueces provisorios, siendo a juicio de la Sala inadmisibles que los «equipara de forma absoluta» a los jueces titulares.

Esta posición de la Sala Constitucional estuvo acompañada de algunas tesis que habían venido sosteniendo en su jurisprudencia previa referida al valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones adoptadas por los órganos respectivos en el derecho interno. Así, reafirmó que la Convención Americana responde a un paradigma individualista superado por la Constitución; insistió en que los intereses colectivos o públicos prevalecen sobre los individuales; y reiteró que la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos solo comprende a los derechos allí consagrados, no a las normas concernientes a

13 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1939/2008, del 18 de diciembre.

los órganos internacionales encargadas de protegerlos o interpretarlos. Asimismo, hizo énfasis en su condición de órgano supremo en la interpretación de la Constitución, lo cual se extendería a la determinación del alcance de tales tratados, o de su posible prevalencia en caso de colisión, dada la jerarquía constitucional de los respectivos tratados, en virtud de la cual estos quedarían sujetos a la interpretación última y vinculante de la Sala Constitucional.

Esta argumentación de la Sala Constitucional implica, primeramente, un desconocimiento de principios fundamentales rectores de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional público, así como de las obligaciones contraídas por el Estado venezolano al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal como se establece claramente en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado», lo cual es simplemente una manifestación del principio *pacta sunt servanda* (art. 26), que rige aun respecto de los Estados que no hayan ratificado dicha Convención.

Particularmente, la sorpresa de la Sala Constitucional ante la posibilidad de que una sentencia de la Corte Interamericana contraríe lo determinado en sentencias internas pasadas en autoridad de cosa juzgada no se aviene con el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, la cual se asienta sobre la responsabilidad internacional de los Estados y, por tanto, comprende a las actuaciones provenientes del Poder Judicial violatorias de las obligaciones asumidas. La censura internacional de lo decidido con fuerza de cosa juzgada por tribunales nacionales constituye no solo una posibilidad, sino forma parte de la dinámica habitual de sistemas regionales de protección como el europeo y el interamericano, lo cual se encuentra reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La pretensión de que las sentencias de esta Corte no pueden ir más allá de la fijación de una indemnización contradice, además, la propia letra de la Convención Americana, cuyo art. 63.1 dispone que: «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

Nótese, pues, que la indemnización es solo un contenido posible del fallo que constate la violación de algún derecho reconocido por la Convención, eventualmente complementario al pronunciamiento principal, referido a la garantía del

goce del derecho o libertad conculcado, lo cual se traduce, en el caso bajo estudio, en exigir la reincorporación de los magistrados indebidamente destituidos. Al hacerlo, la Corte Interamericana no pretendió asumir el gobierno o administración del Poder Judicial, como sostiene la sentencia de la Sala Constitucional, sino que se limitó a ejercer un control jurisdiccional internacional sobre un acto que estimaba contrario a determinados derechos humanos. Tampoco son impertinentes las afirmaciones de la Corte Interamericana sobre los riesgos para la independencia judicial derivados de la libre remoción de los jueces provisorios. Tales aseveraciones no van dirigidas, por lo demás, a equipararlos de manera absoluta con los jueces titulares, pues la permanencia de aquellos en el cargo depende de la celebración de un concurso y de la obtención, entonces, de resultados satisfactorios.

La postura de la Sala Constitucional es igualmente incompatible con lo establecido en la Constitución venezolana, ya que su art. 23 prevé la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos globalmente considerados, no solo de las normas allí contenidas que regulen algún derecho.¹⁴ La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos no despoja a estos, por otro lado, de su carácter de tratados, por lo que aquella no debe ser invocada para «nacionalizar» o desnaturalizar dichos instrumentos convencionales, mucho menos para ignorar las obligaciones que contienen. El intento de deslegitimación sustantiva de la Convención Americana está, por otro lado, cargado de inexactitudes, pues esta también reconoce la dimensión social de los derechos (art. 26), que ha sido profundizada en otros instrumentos interamericanos (Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y la afirmación de la prevalencia general de los intereses colectivos sobre los individuales ofrece múltiples peligros.

La falsa premisa —o el pretexto— de la que parte la Sala Constitucional para rechazar la aplicabilidad de la sentencia de la Corte Interamericana, consistente en la usurpación de funciones que esta habría cometido, la lleva también a solicitar al Ejecutivo Nacional la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este insólito paso de la Sala Constitucional difícilmente puede ser explicado jurídicamente. Aun en el supuesto de que la Corte Interamericana hubiera incurrido, en criterio de la Sala Constitucional, en algún exceso en su sentencia, lo cual no hubiera justificado su incumplimiento, no resulta razonable plantear la necesidad de denunciar la Convención Americana, es decir, de cuestionar el

14 Vid. AYALA, Carlos: *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, FUNDAP, México, 2003.

mismo sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que encuentra en dicha Convención un pilar fundamental. Ello no solo vulnera el principio de progresividad en materia de derechos humanos consagrado constitucionalmente, al pretenderse reducir sensiblemente los niveles de protección de los derechos humanos en Venezuela, sino que menoscaba igualmente la garantía de los derechos humanos en el continente americano.

V. VALORACIÓN GLOBAL

El anterior análisis de algunos pronunciamientos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha puesto de manifiesto, por un lado, los riesgos del tratamiento inadecuado de las colisiones constitucionales. En particular, demuestra la fragilidad de una aproximación exclusiva o principalmente abstracta o apriorística a dichas situaciones. Es plausible la disposición de dicha Sala a reconocer explícitamente los conflictos entre derechos o bienes constitucionales que surjan con motivo del conocimiento de una acción o recurso, pero los equívocos observados en las sentencias comentadas hacen pertinente un llamado a la cautela, la cual ha de traducirse en la inclinación a sustentar la argumentación ponderativa en el caso concreto examinado y en las circunstancias en que la colisión queda planteada, sin perjuicio de las valoraciones abstractas que a partir de allí puedan introducirse.

Es preciso salir al paso de la tesis jurisprudencial de la prevalencia general de los intereses colectivos sobre los individuales. Ni los principios de la democracia ni los del Estado social respaldan tal concepción, que tampoco encuentra asidero en la filosofía política que soporta el Estado constitucional contemporáneo. Desde visiones liberales ha llegado a sostenerse que una libertad fundamental solo puede ser limitada para proteger otra libertad de igual género, por lo que los intereses públicos o colectivos, aisladamente considerados, no bastarían para justificar una restricción de derechos fundamentales. También se ha afirmado, desde una perspectiva moderada o equilibrada, con la cual comulgamos, que los bienes públicos o colectivos tienen sustantividad propia y que pueden fundamentar una restricción de tales derechos.¹⁵ Lo que resultaría completamente ajeno a ese modelo de Estado sería la preponderancia general o apriorística de los intereses colectivos sobre los individuales. De allí la necesidad de emitir señales de alerta frente a la tendencia

15 Vid. ALEXY, Robert: *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 179 y ss.

jurisprudencial esbozada, que de ser llevada a sus últimas consecuencias conduciría a la disolución de la democracia constitucional y del Estado de derecho.

Por otro lado, el fallo judicial que declara inejecutable una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es igualmente ilustrativo de los peligros asociados al sobredimensionamiento de aquella parte de la Constitución referida al Estado y a los intereses colectivos, en detrimento de los derechos que esta procura garantizar, solo que ahora también se desconoce abiertamente el derecho internacional. La regulación sobre los derechos humanos de la Constitución de 1999 se caracteriza por su apertura al derecho internacional de los derechos humanos, la cual ha terminado siendo negada por la jurisprudencia constitucional. A ello se suma la desatención de obligaciones internacionales establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya fundamentación sustantiva y futura vigencia para Venezuela ha sido puesta en duda. Esperemos que se imponga la sensatez entre los guardianes de la Constitución, de modo que no terminen convirtiéndose en sus ejecutores.

Impreso en Uruguay - Printed in Uruguay
por Manuel Carballa en junio de 2010



Esta es la primera publicación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, convocado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Expertos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela explican el sistema de justicia constitucional de sus respectivos países y comentan sentencias del órgano de cierre de la justicia constitucional de cada uno de tales Estados, que consideran representativas de la situación en la que se encuentra el tratamiento jurisprudencial de los derechos fundamentales en dichos contextos jurídicos nacionales.

La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política alemana independiente y sin fines de lucro. Está sujeta a los principios del movimiento demócrata-cristiano. La cooperación internacional es, por tradición, uno de los campos prioritarios de su labor.

La Fundación Konrad Adenauer apoya la unificación europea, promueve el entendimiento internacional y la cooperación para el desarrollo. Lleva a cabo eventos de formación política, elabora análisis científicos que sirven de base para la gestión política, otorga becas a personas talentosas e investiga la historia del movimiento demócrata-cristiano.

Junto con las catorce oficinas nacionales de la Fundación Konrad Adenauer repartidas por todo el continente latinoamericano, que concentran su trabajo en los respectivos países, existen varios programas regionales. Uno de ellos es el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, con sede en México DF y en Montevideo, dirigido ante todo a juristas y políticos dedicados al área del derecho.



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
© Konrad Adenauer Stiftung



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile