

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Julio B. J.
Maier

¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? | Pág. 6

Eugenio Raúl
Zaffaroni

Derecho penal y protesta social. | Pág. 18

Peter
Häberle

El tiempo y la cultura constitucional. | Pág. 36

Víctor
Bazán

Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano. | Pág. 82

Nerina
Da Rin

Los derechos humanos políticos y el derecho a la democracia representativa en los precedentes de los medios de protección del sistema interamericano. | Pág. 130



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Dra. Alicia B. Pierini

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.: 4338-4900 / 0810-333-3676

Correo electrónico: consultas@defensoria.org.ar

Página web: www.defensoria.org.ar

Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Editada por el Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Coordinador Editorial: Lic. Pablo G. Fernández.

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew.

Diseño: Lic. Luciana Garrido - Silvana Ferrary.

Es una publicación propiedad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Contextos 2 : publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires / Peter Häberle ... [et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires : Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011.
172 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-26683-3-4

1. Derecho Público. I. Häberle, Peter
CDD 340

Fecha de catalogación: 05/08/2011

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora honoraria: Alicia Beatriz Pierini

Director académico: Raúl Gustavo Ferreyra

Secretario académico: Camila Carril

Miembros estables: Fabián Pugliese, Graciela Benín Chirico, Horacio Spandonari, Juan Pablo Pisano Torres, Nerina Da Rin, Nora Cattáneo, Silvina Pennella, Susana Ayala Ferraro, Gustavo Murano y Flavia Massenzio.

Por Resolución 510/10, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA validó la realización del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como posgrado de esa casa de estudios.

HACIENDO CAMINO AL ANDAR

Por Raúl Gustavo Ferreyra (*)

Toda publicación periódica, al concretar la edición y divulgación de su primera entrega, realiza un importante esfuerzo. Escritores y editores sienten satisfacción. No es poco. Desde el momento que un pensador escribe su contribución hasta que llega al lector, un destacado grupo de personas -directores, editores, correctores, diagramadores, componedores, diseñadores, distribuidores- cumplen un rol fundamental. No necesariamente constituyen un equipo. Pero su actividad coherentemente coordinada es necesaria para la divulgación del conocimiento científico.

Se dijo al iniciar esta saga que *Contextos* (bellamente compuesta por sus diseñadoras) es una realidad. A fines de mayo de 2011, cuando con generosidad y elegancia Horacio Corti, Guillermo Montenegro y Leandro Vergara presentaron “en sociedad” la publicación, quienes la hacemos sentimos que la contribución ya era un ente, quizá un neonato.

¿Cómo hacer para caminar?

¿Qué decir, pues, ahora, ante la presentación del número 2? Que este segundo capítulo significa empezar (aprender) a caminar, si es que acaso, se permite la analogía. Nuestras posibilidades de desarrollo biológico se encuentran estrechamente relacionadas con nuestras posibilidades de desplegar cada una de nuestras capacidades, con libertad de acción y en igualdad de posiciones.

Durante 2011 comenzó a funcionar, en el ámbito del seminario, el dictado de *Derechos Fundamentales I*, con validez de curso de postgrado en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se trata, específicamente, del primer nivel; los niveles II, III, IV y V se desarrollarán manteniendo la propiedad anual y a partir de 2012. O sea, nada se encuentra definitivamente asegurado en la vida, sin embargo, puede afirmarse que el diagrama ha sido elaborado, la propuesta depositada y los actores dispuestos.

Felizmente y por segunda vez consecutiva, de acuerdo con el espíritu de la colección, en este número se publica una contribución de una integrante del seminario, en este caso Nerina Da Rin. Su pieza *Los dere-*

chos humanos políticos y el derecho a la democracia representativa en los precedentes de los medios de protección del sistema interamericano significa un aporte objetivo al debate jurídico.

Peter Häberle, con su trabajo *El tiempo y la cultura constitucional*, especial y solventemente traducido de la lengua alemana a la española para esta edición de *Contextos*, alienta y sostiene con franqueza y decisión rigurosa la tarea del seminario.

Víctor Bazán, con su ponencia *Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano*, contribuye al diálogo y cotidiano debate en el interior de la Defensoría respecto del alcance, naturaleza y dimensión de los derechos.

Eugenio Raúl Zaffaroni también ha querido estar presente en este número a través de su trabajo *Derecho penal y protesta social*, en el que aborda un problema diario vinculado con la libertad de expresión, el derecho de participación y la intervención en el territorio de la Ciudad.

Finalmente, Julio B. Maier, con su contribución *¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?* propone bases para el debate en torno a la transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptarlo mejor a la idea política del Estado democrático de Derecho.

Nuestro agradecimiento a todos y cada uno de los autores por su respaldo y contribución desinteresada. Idéntico reconocimiento al área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría en la persona de su responsable, el licenciado Pablo G. Fernández, por el esmero y calidad de la tarea específica, a lo que cabe adicionar la presencia en Internet de la publicación, que puede descargarse en <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/contextos.pdf>. Y un último gracias para Alicia Pierini: sin su apoyo magnífico y constante esta gesta sería irrealizable.

(*) Director académico del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¿HACIA UN NUEVO SISTEMA DE CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES?¹

I. Un poco de historia

Los recursos contra las decisiones judiciales que son estimadas injustas por la parte cuyo interés legítimo afectan no han sido, originariamente, al menos en materia penal, garantías de justicia procesal para las personas involucradas en un procedimiento judicial o, derechamente, para sus protagonistas, tal como hoy parecen ser presentados con alusión argumental —por cierto débil, casi irreflexiva y hasta, en ocasiones, hipócrita— a las convenciones internacionales sobre derechos humanos². Por lo contrario, el origen de los llamados “recursos” o medios de impugnación es consustancial a la Inquisición, al procedimiento inquisitivo, en el cual ellos representaban, antes que una garantía de seguridad individual, un mecanismo de control burocrático para el superior jerárquico, que previamente había *delegado* su poder de juzgar en funcionarios inferiores; esto constituye, precisamente, la característica

¹ Ya no estoy interesado en la reforma del sistema penal, aun cuando esté convencido de que el sistema penal merece una reforma profunda. Para que no se me interprete mal, diré que la razón de ser de mi desinterés fue reiteradamente expuesta por mí bajo varios títulos —último en castellano: ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, en el libro del mismo nombre, de AA.VV., publicado por Ad-Hoc en Buenos Aires, 2009 (última recomposición del texto: Die Zukunft des Strafrechts, en Festschrift für Winfried Hassemer, Ed. C. F. Müller, Heidelberg [R.F.A.], 2010)—, y no se vincula a la falta de necesidad de una reforma, sino que, por lo contrario, tiene su raíz en el sentido probable que tendría una reforma en estos tiempos de hipervaloración de la pena y de la privación de libertad como “sanalotodo de cualquier enfermedad social” (panpenalismo). Malos tiempos para una reforma, como me lo expresara un jurista al que aprecio. Pero esta proposición de reforma de un capítulo importante del procedimiento penal, quizás el más importante por la existencia de reglas superiores que, a mi juicio, imponen esa reforma, merece un párrafo aparte, que, ¡ojalá!, dé comienzo a otros pensamientos más ilustrados y más detallados sobre el tema. Me sentiría halagado si así sucediera. Tal reforma debería completarse con la inteligencia que adjudico, en varios sentidos, a la norma básica que torna obligatoria la existencia de un recurso para el condenado contra la sentencia que lo condena, ante un tribunal superior.

² V. CADH, 8, n° 2, h, y PIDCyP, 14, n° 5. Es inconveniente, confusa y en cierta manera hipócrita esta presentación, si luego se adopta el sistema bilateral de recursos, con la concesión de recursos al acusador, sobre todo a la fiscalía —que representa al Estado—, contra decisiones que no le convienen, pero que convienen al acusado: cf. esta forma de presentación y exposición en Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht* (4ª edición), Ed. C.H. Beck, München (R.F.A.), 2007, § 31, p. 197 y ss. Ciertamente, aquellas convenciones merecen otra interpretación: cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal* (Dpp), 2ª edición, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, H, 2, p. 708 y ss.

fundamental de la llamada *justicia de gabinete* por su organización judicial vertical; los recursos suponían una *devolución* del poder recibido de manos de aquél que lo portaba en origen³. Tan es así que, en una inmensa mayoría de casos, la Inquisición toleró el reexamen *de oficio* obligatorio —esto es, sin que alguna de las partes del procedimiento hubiera interpuesto recurso alguno— sobre la decisión del asunto, una especie de recurso automático, que tuvo su auge en las colonias hispanoamericanas, cuyos conflictos principales siempre terminaban en los órganos supremos de la metrópoli (el Consejo Supremo de Indias, la Casa de Contratación de Castilla); en el Derecho hispanoamericano posterior a la conquista y colonización quedaron rastros indelebles de ese Derecho español: el así llamado mecanismo de consulta o recurso de consulta, esto es, la obligación de someter obligatoriamente el caso objeto de decisión, a pesar de la ausencia de recursos, a la decisión de un tribunal superior en rango, deber que pesaba sobre los tribunales inferiores cuando resolvían ciertos asuntos⁴. Por lo demás, en la teoría de los recursos quedó marcado idiomáticamente, de modo indeleble, el *efecto devolutivo* de la interposición de los recursos, no otra cosa que la transmisión del poder de juzgar al inferior jerárquico y la consecuente devolución del poder de decidir del inferior al superior en una organización vertical, esto es, una vez usado por delegación aquel poder de decisión. El oficio superior ejercía así el control sobre el ajuste de la labor cumplida por el inferior a las reglas sobre la base de las cuales se le había delegado el poder de juzgar⁵.

El correlato de esta concepción que dio nacimiento a los recursos —antes inexistentes, pues en el Derecho germano o común antiguo, reino de la composición, la justicia de vecindad era pública, ante la asamblea de la comunidad, según rasgo genérico predominante— se percibe, incluso hoy, en la organización judicial y en el procedimiento penal. Nuestro Derecho de la organización judicial y el Derecho europeo-continental todavía conservan, en más o en menos, la organización vertical de los tribunales de justicia, que recuerda, claramente, a la *jurisdicción delegada* de la Inquisición o a la *justice retenue* francesa, que consistía, precisamente, en

³ Sobre todo ello, *idem*, t.I, § 6, 1, p. 705 y ss.

⁴ *Ibidem*, p. 706. Ello impedía el comercio fluido, afectaba así a la libertad de comercio, por el enorme retraso burocrático de la resolución de los conflictos, en fin, uno de los motivos desencadenantes de nuestra Revolución de Mayo (1810), con fundamento jurídico en la *libertad de comercio*, y, seguramente, argumento real fundante de la independencia de los países hispanoamericanos.

⁵ Precisamente esta característica, traducida convenientemente como *efecto devolutivo* de los recursos, es una de las dos que le permite a Clariá Olmedo, Jorge A., Tratado, p. 443, distinguir los recursos y separarlos de otras impugnaciones procesales. La otra: la suspensión del efecto de cancelación de la cosa juzgada. De la misma manera: Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 51, B, I, 1, p. 446.

afirmar que todo el poder de juzgar residía en el rey, quien lo delegaba en sus oficiales, pero lo conservaba en origen⁶.

Por lo demás, el procedimiento judicial, consecuentemente, era registrado, documentado en actas, única manera de lograr que *a quo* y *ad quem* —me refiero al tribunal cuya decisión es recurrida y al tribunal que se expide sobre la decisión recurrida— decidieran en paridad de condiciones —*par conditio*—, esto es, sobre una misma base de conocimiento o fuente de información, pues, inversamente, cuando el proceso se desarrolla por audiencias, la base de conocimiento y fuente de información de cada tribunal son distintas, residen en su propia audiencia —en su propio procedimiento—, audiencias que nunca son idénticas la una y la otra⁷.

De tal manera, ese sistema y esa concepción del procedimiento y de la organización judicial, aun con variadas modificaciones, llegaron hasta nuestros días, razón por la cual, al menos en el Derecho continental, los recursos no implican, necesariamente, sobre todo en materia penal, el desarrollo de una garantía de seguridad individual. Es por ello, también, que a los ordenamientos jurídico-procesales y a los juristas de ese ámbito cultural les cueste adaptarse a instituciones como el derecho al recurso del condenado, prohijadas por convenciones de derechos humanos, convenciones establecidas, en primer lugar, para recordarnos las seguridades individuales de quienes son perseguidos penalmente; y, hasta en ciertas ocasiones, esas adaptaciones, necesarias en sí mismas, dan nacimiento a reformas y nuevas *reglamentaciones* algo ridículas, rayanas en la hipocresía⁸. Sobre el final de este punto intentaremos bosquejar una reforma tal de la organización judicial y del sistema de recursos, que permita concebir al recurso, al menos a aquel contra la sentencia, como una garantía judicial del justiciable. Lamentablemente, ése no es, al parecer, el camino elegido por el legislador penal, ni por los tribunales⁹.

⁶ De allí el *pouvoir en casation*, origen del recurso del mismo nombre, y el poder de gracia, que ejercía el rey o su tribunal superior.

⁷ Maier, Julio B. J. *Idem*, p. 706.

⁸ Cf. Maier, Julio B. J. "Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?". En *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, p. 941 y ss. Allí se consigna, en nota al pie final (p. 948), el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos y de su Protocolo adicional 7, en vigor desde 1988, que ha reconocido los problemas del Derecho continental y ha pretendido superarlos mediante la afirmación —rayana en la hipocresía— de dos principios básicos, originariamente no contenidos en la Convención (*ne bis in idem* y recurso para el condenado), seguidos de excepciones a ellos que tocan, precisamente, los problemas neurálgicos, excepciones que, a nuestro juicio, sólo provocan la desactivación de las garantías previamente afirmadas.

⁹ Cf. los desaguisados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo del "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, y el intento de seguirlo, por "obligación internacional", de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", causa 1681 C. (v. "El futuro de la casación penal", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal – Casación*. Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo 2008, n° 5, p. 15 y ss., con los fallos y sus comentarios).

II. Nueva visión de los “recursos”

1. La supresión del sistema de recursos

El origen histórico de los recursos contra las decisiones judiciales, marcadamente autoritario, por una parte, y las inconsecuencias y contradicciones de su sistema actual, pendiente, como lo hemos observado múltiplemente, de un delicado equilibrio entre ese autoritarismo y la comprensión del sistema conforme a la idea básica del Estado de derecho en materia penal —equilibrar las armas y garantizar al imputado un trato justo—, por la otra, han logrado consagrar, al lado de las reglas básicas, excepciones abiertas a esas reglas que, a la par de convocar a una adaptación forzada a la idea política de mención, pueden dar pie a aplicaciones autoritarias no bien se exagere su uso y se las interprete extensivamente. Ese riesgo me ha conducido a estimar que resulta necesaria una transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptarlo mejor a la idea política del Estado democrático de derecho, pues el sistema actual y algunas de sus normas ya pueden ser, en ocasiones, calificados de hipócritas y hasta de cínicos¹⁰.

Cuando uno se pregunta por qué recursos contra las decisiones judiciales, responde, en primer lugar, con el temor al error del primer tribunal, provocado por el primer juicio. Pero, no bien uno advierta que es del todo posible —e, incluso, más probable, como decía Binding— la producción del yerro acerca del problema planteado para una decisión en la resolución del segundo tribunal, peor informado que el primero, producto del segundo juicio, más apartado temporalmente del suceso juzgado¹¹, seguramente caerá en la cuenta de que, históricamente, el temor reside en una razón varias veces más práctica, al menos en nuestro

¹⁰ Las reglas y los desarrollos jurisprudenciales a que ha dado lugar el *recurso del condenado* contra la sentencia condenatoria, incluidos allí las reglas del Protocolo 7 de la llamada Convención Europea sobre Derechos Humanos (cf. mi tantas veces citado “Anfechtung der Verurteilung: Garantie des Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?”, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, V, p. 948), la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la de nuestra CSJN, de forzada adaptación (v. nota anterior), no sólo se desinteresan de las reglas básicas del proceso penal de un Estado de derecho y de su realización práctica, sino que hacen honor a aquella respuesta de Sebastián Soler a Alfredo Orgaz en una de las polémicas honrosas de nuestra producción jurídica, a propósito de la repercusión civil de la sentencia de condena penal: “... sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos” (cf. Soler, Sebastián, “Algunas cuestiones civiles en el proyecto de Código penal”, en Orgaz, Alfredo – Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, III, p. 44).

¹¹ No será la primera vez que ello suceda, ¿no es cierto?; multitud de anécdotas acuden a mi mente, como recuerda el texto de un tango famoso. Cf. Maier, Julio B. J., Dpp, t. I, § 7, nota al pie 99, p. 797 y ss.: al decir de Binding, prevalece el tribunal peor informado sobre el mejor informado, realidad que conduce a la idea de que los recursos aspiran a lograr otra finalidad: asegurar una organización judicial vertical, regida por el principio de la jerarquía.

sistema, pero, según creo, no sólo en él: básicamente, en el número de jueces que integra los respectivos tribunales, menor el de primera instancia que el de segunda instancia, tribunales estos últimos integrados con un número mayor de jueces¹². Como parece natural, un número mayor de jueces —la integración de los tribunales superiores— requiere mayor deliberación entre ellos sobre la solución del caso y, precisamente por esa razón, existiría así un menor espacio para el error en este supuesto. Entre nosotros, el argumento es todavía más certero porque el temor se reduce a las sentencias del juez unipersonal, cuando opera como juez de mérito, juez que, por ello, no sigue procedimiento formal alguno de deliberación para la obtención de la sentencia, sino que —se puede decir con cierta licencia idiomática— delibera el caso consigo mismo, en el silencio de su despacho¹³. Si una mayor estructura de deliberación en la construcción de la sentencia asegura mayor acierto o menor posibilidad de error es algo que puede discutirse, pero sí parece indudable que esa realidad, unida a otras que fundan argumentos coadyuvantes, garantiza mayor seriedad en la elaboración del fallo y en la realización correcta del procedimiento que marca la ley para arribar a él¹⁴.

No obstante la objeción histórica de un juez francés, enojado por este procedimiento de control¹⁵, me parece atendible: si ese número mayor de jueces que colaboran en un tribunal, unido a su mayor sapiencia y seriedad para la función, junto a su mayor experiencia, según se predica de los tribunales superiores, garantiza una mejor sentencia, ¿por qué no prescindir del juez de primera instancia y acudir directamente al tribunal de segunda instancia?, al parecer mejor situado, conforme a aquella opinión, desde cualquier punto de vista; ¿para qué perder tiempo y algo más en sostener una organización judicial con dos instancias, si ya

¹² No es casual que, en Alemania, contradictoriamente, sólo las sentencias por hechos punibles menos graves, por tanto, eventualmente, también penas leves, puedan ser impugnadas mediante un recurso amplio (cualquier agravio y fundamento de injusticia), la llamada *Berufung* (apelación), mientras que las sentencias por hechos punibles de mediana criminalidad y graves, amenazados con penas más severas, sólo son impugnables por casación (*Revision*), recurso limitado a la crítica sobre errores de procedimiento y relativos a la interpretación y aplicación de la ley penal material (infracción a la ley); cf. Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (26ª edición), §§ 54 y 55, p. 413 y ss.; para la sorpresa que explica la nota, correspondida por todos los autores alemanes, pero no criticada por ellos, sino, antes bien, explicada políticamente y defendida con fuerza poco habitual, en especial § 54, B, p. 414 y ss.; también Maier, Julio B. J. *La Ordenanza procesal penal alemana*. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. II, Libro Tercero, Cap. 3, "Advertencias", p. 272.

¹³ Éste es el caso del CPP CABA, 279, I, 281, I, y concordantes. Vuélvase sobre la solución tradicional de la ley procesal penal alemana (v. nota anterior).

¹⁴ Cf. Roxin/Schünemann. *Ibidem*.

¹⁵ Cf. Vélez Mariconde, Alfredo, DPP, t. I, 236, transcribe a Meyer, *Espris, origine, et progrès des institutions judiciaires*, V, p. 236: "si los jueces de grado valen más que los de primera instancia, que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos".

bastante demora asegura y cuesta el primer procedimiento penal en sí mismo?, tiempo y dinero que podría ser ahorrado de conocer en primera instancia el tribunal que satisface los deseos de justicia bien lograda, en la requerida segunda instancia. Más razón le asiste a esta tesis si pensamos en los principios que rigen el juicio penal, dificultados sobremanera en una segunda instancia, al punto de que ella constituye, llevada a cabo correctamente, esto es, con satisfacción de esos principios —al decir de alguien que sí demostró su saber¹⁶—, una segunda primera instancia y no tan sólo una segunda instancia.

La imposibilidad de contestar este sencillo argumento da pie a la solución. No resulta importante la creación de varias instancias, pues de su crecimiento en número no depende la mejor administración de justicia, ni la evitación de errores; si la cuestión fuera así de sencilla, bastaría pensar en cuántas instancias necesitamos para una administración de justicia ideal y perfecta, y obrar normativamente en consecuencia, con la mayor aproximación posible a ese ideal. Sí es importante, en cambio, discutir cómo debemos integrar satisfactoriamente un tribunal para decidir un caso o un aspecto parcial de ese caso; más sencillamente expresado: ¿cuántos jueces y de qué clase son necesarios para resolver una determinada cuestión? Ésa es una pregunta política, en principio, a decidir quizás por aproximación a un ideal¹⁷, que puede tener respuesta, como tantas otras, por juicios de oportunidad, dependientes del contexto real en el que se inscribe la pregunta y de sus posibilidades, pero también en atención a parámetros normativos y, además, quizás por una mezcla de ambos conceptos. Del mismo modo deberíamos preguntarnos por el modo de proceder de esos jueces para resolver las diferentes cuestiones, pregunta que, en relación a la sentencia, ya contestan con claridad y suficiencia nuestros códigos de procedimientos penales.

Preguntas como ¿cuántos jueces y de qué clase deben integrar el tribunal que decida una prisión preventiva?, resolución que hoy decide un juez unipersonal y es apelable ante un tribunal colegiado integrado por tres jueces, pueden tener respuestas únicas o respuestas variadas según la gravedad de la situación. Sería natural, por ejemplo, que la orden de detención la expida, de ordinario, un juez unipersonal e inaudita parte, por el peligro que sufriría su ejecución con la demora, pero también que ella fuera revisable, inmediatamente o a pedido de quien la sufre, en una

¹⁶ Binding, Kart. "Grundriß der deutschen Strafprozessrecht" (4ª edición, Berlin, 1900), citado y traducido por Castillo González, Francisco, en "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", en *Revista de ciencias Jurídicas*, Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1980, n° 41. V. este libro, t. I, § 6, 3, a, p. 717 y ss., y § 7, D, p. 793 y ss.

¹⁷ Por ejemplo, *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), para qué casos y cuántos jurados.

audiencia, presidida por un tribunal colegiado, en la cual pueda ser tratada la cuestión ampliamente, incluso desde el punto de vista de su reemplazo por medidas de coerción de menor gravedad (hoy, en nuestro Derecho procesal penal, llamamos a esa posibilidad *excarcelación* o *eximición de prisión*). Sería también deseable que la prisión fuera examinable en períodos de tiempo y de la misma manera, por un tribunal integrado como el anterior o, quizás, por más jueces, cuando la prisión preventiva alcance una duración mayor, determinada por la ley. Con ello no se está tan lejos de la actual apelación, pero el sistema parece más racional.

Si ello es correcto, ya podemos prescindir durante el procedimiento, al menos en gran medida, del sistema de recursos. Obsérvese que, durante el *juicio público*, ello ya ha sucedido¹⁸, por elementales razones de concentración, celeridad y coordinación. Por las mismas razones, que pueden ser descriptas como el máximo de celeridad con el menor esfuerzo posible —economía procesal, si se quiere—, es ahora recomendable pensar en el procedimiento hacia atrás y llevar a cabo una transformación posible, sobre todo en el procedimiento preliminar. Ciertamente los recursos, a pesar de cualquier decisión legal que pretenda y pregone lo contrario, son la causa más clara de prolongación temporal e interrupción del trámite de un procedimiento penal en curso. Estimo que existen innumerables ejemplos actuales del fenómeno, que ni siquiera necesito nombrar.

2. El recurso del condenado como garantía judicial

Dos son las razones básicas según las cuales no podemos proceder de esta manera con el recurso del condenado contra la sentencia de condena; la afirmación rige también, analógicamente, para el recurso de quien, a pesar de no ser condenado, soporta, según la sentencia penal, una medida de seguridad y corrección, sobre todo cuando esa medida representa la privación de su libertad. Sobre el particular ya hemos escrito suficiente¹⁹, pero vale la pena repetir, sintéticamente, ciertos conceptos.

La primera razón es más que simple y trae a colación la justificación del Derecho positivo, de un Derecho positivo muy especial, porque se trata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, para el caso, de nuestra Constitución Nacional. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 8, inciso 2, h, y el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, artículo 14, inciso 5, ambas no sólo ratificadas por nuestro país —con lo cual pasaron a formar parte, prácticamente, de

¹⁸ CPP Nación, 440; CPP Pcia. de Buenos Aires, 429; CPP Córdoba, 451; CPP CABA, 273.

¹⁹ Cf. Maier, Julio B. J. *Dpp*, t. I, § 6, E, 4, p. 632 y ss., y H, p. 705 y ss., y § 7, D, p. 793 y ss.

su legislación interna—, sino, antes bien, con actual estatus constitucional (llamado *bloque de constitucionalidad*), en virtud del texto vigente del artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución, disponen que la persona juzgada en un procedimiento penal tiene, entre otros derechos, el de recurrir el fallo ante un tribunal superior —se supone, cuando ese fallo le es desfavorable: condena o reclusión como medida de seguridad y corrección— o, con un texto más claro, que quien es declarado culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto en él sean sometidos a un tribunal superior, según previsión legal. El Derecho positivo no deja dudas acerca del derecho de un imputado condenado y de alguien que, incluso, no fue condenado, pero sufre una disminución de derechos según la sentencia penal, salvo pequeños errores del texto fácilmente solucionables por analogía en favor de quien es portador de la garantía, interpretación antes aclarada en nuestro texto. La facultad debe ser reglamentada por la ley procesal penal —establecer un recurso idóneo como una facultad del portador de la garantía— y el relativo —pero sugestivo— desliza acerca de la existencia de un “tribunal superior” en la organización judicial puede ser fácilmente explicado como la necesidad de que ese “tribunal superior” tenga poder, emanado del recurso interpuesto, para revocar, modificar o transformar la sentencia dictada por el primer tribunal que intervino y ya juzgó, decisión que, precisamente, es objeto del recurso.

La segunda razón resulta más compleja de explicar. El Estado de derecho no se satisface, al parecer, con la existencia de un solo juicio en contra del trasgresor, para fundar una condena y una pena (o una medida de seguridad y corrección grave), sino que, cuando el condenado o quien debe soportar la pena o la medida no aceptan la decisión estatal²⁰, precisa que, en principio, otro juicio, presidido por otros jueces, ratifique total o parcialmente la bondad de la decisión o, por lo contrario, si ése no es el caso, revoque o reforme la decisión. Desde otro punto de vista relativo al perseguido penalmente: el Estado de derecho, en su forma actual según la medida de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, reclama la concesión al condenado de una nueva chance, de una posibilidad renovada, si él lo desea, para demostrar su inocencia o la necesidad de una reacción menor del Estado respecto de su conducta antijurídica. Con ello podríamos sentenciar que la condena, o la aplicación de una pena o de una medida, si quien debe soportar la pena o la medida lo

²⁰ Obsérvese: éste es un uso legítimo de la llamada *verdad consensual* o del poder *dispositivo* en materia penal; el Estado satisface su concepto de justicia pública, en esta materia, con un único juicio, si el condenado no recurre la decisión y, por lo tanto, acepta la sentencia.

requiere, debe tener como fundamento dos condenas en dos juicios distintos. Allí aparece el *derecho al recurso* como la expresión de voluntad de aquel a quien se le ha impuesto una pena o una medida de seguridad, en el sentido de la realización de este nuevo juicio, del aprovechamiento de esta segunda chance, que el orden jurídico procesal penal le ofrece. Claro es que tal facultad es susceptible de ser reglamentada por la ley, siempre y cuando tal reglamentación no la suprima o altere de tal manera que equivalga a suprimirla (CN, 28). Por una parte, quien desee esta segunda chance deberá invocar primero, y luego verificar, que el error que supone en la primera sentencia, que le impone una pena o una medida, es plausible, esto es, racional, probable, caso en el cual dará pie a la apertura del nuevo juicio, que versará sobre su agravio y decidirá con el límite de la extensión de su agravio. Por lo demás, si el error supuesto no toca a las comprobaciones fácticas de la sentencia, que permanecen incólumes, el mismo tribunal que estudia su plausibilidad podrá ahorrar tiempo y procedimiento, y establecer el nuevo orden (condena más leve o absolución) al admitir el recurso, si no son necesarias verificaciones posteriores (por ejemplo, sobre la medición de la pena). Caso contrario, dispondrá la realización de un nuevo juicio para establecer los supuestos que es necesario conocer para decidir. Si el tribunal *ad quem* no admite el recurso, ello implica la confirmación de la sentencia de mérito. Con ello quiero explicar, también, que es posible dividir el examen entre un tribunal, quizás *superior* en una organización jerárquica —a la letra de las convenciones—, que juzgue sobre la probabilidad de la existencia del error que funda el recurso, y otro de mérito y reenvío que realice el nuevo juicio, si así es ordenado.

El nuevo juzgamiento, a pedido de quien es perseguido penalmente, perjudicado por la solución establecida en la primera sentencia de mérito, no puede culminar en una decisión que perjudique al recurrente aún más que la sentencia recurrida. La *prohibición de la reformatio in peius* adquiere así sentido material, y no tan sólo formal, como sucede cuando la máxima resulta dependiente de la expresión de voluntad de un acusador, de que él recurra o no recurra la sentencia. Por esta misma razón, pero más aún por la infracción contra el principio que prohíbe la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) —una segunda chance para el acusador de lograr la condena querida por él—, la facultad de recurrir la sentencia se le debe conceder sólo al condenado o a quien sufre la imposición de una pena o de una medida de seguridad y corrección; únicamente a él le incumbe este derecho y los acusadores deben ser privados de la facultad de recurrir la sentencia, cuando ella no satisface sus demandas

(no condena o impone penas o medidas más leves que las requeridas). El texto mismo de las convenciones avala también esta solución, si ello fuera necesario para el intérprete.

En el texto que desarrollé para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no fue utilizado en la sanción de su código, no se procedió de manera ortodoxa, como en el texto académico; allí *sólo* se permitió el recurso de la fiscalía y, eventualmente, el del querellante, cuando la sentencia era el producto de un delito doloso perpetrado, en relación a ella, por un juez del tribunal (cohecho, exacciones ilegales o recepción de dádivas, por ejemplo) o por otro autor (amenazas o coacción a un juez, al testigo o al perito, con influencia en la sentencia, por ejemplo), únicos casos en los cuales el acusador podía recurrir la sentencia de mérito, si verificaba, previamente, para tornar admisible su recurso, el presupuesto que lo tornaba factible²¹. Con esto basta para expresar mi idea y no incurrir en errores de interpretación por desconocimiento de mis escritos al respecto²².

Quizás deba decirse aquí, también, que el sistema *bilateral* de recursos contra la sentencia —aquel que permite recurrir tanto al acusado como al acusador— resulta ya imposible desde un punto de vista lógico, porque conduce, en extremo, a un *regressus in infinitum*. En efecto, cuando la fiscalía o el acusador recurren en busca de una condena frente a la absolución que puso fin al primer juicio o en busca de una condena más grave que satisfaga sus demandas, y su recurso triunfa, allí comienza, nueva u originariamente, la facultad del condenado de interponer un recurso contra la eventual condena, y, con palabras más simples, todo comienza de nuevo. Esta razón fue, claramente, la que motivó a la Convención Europea de Derechos Humanos, en su Protocolo adicional 7, que estableció tanto el *derecho al recurso del condenado como el principio de la prohibición de la múltiple persecución penal (ne bis in idem)*, principios desconocidos literalmente en el texto original de la convención y reconocidos posteriormente por el protocolo citado, a fijar múltiples excepciones a esas normas básicas del ordenamiento jurídico-penal, excepciones que conducen a la negación de los principios citados o a su alteración a tal punto que resultan intolerables para ellos, porque los eliminan en el sentido del artículo 28 de nuestra Constitución Nacional²³.

²¹ Proyecto CPP modelo para la Nación (2005), artículo 213, sin publicar y entregado al Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación.

²² Mayores precisiones en los parágrafos de mi libro que se ocupan de la cuestión: *Derecho procesal penal (Dpp)*. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, E, 4, p. 632 y ss., y H, p. 705 y ss.; y § 7, D, p. 793 y ss.

²³ Cf. Maier, Julio B. J. *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?* cit., nota al pie 7, p. 948.

III. ¿Hacia una nueva organización judicial?

La organización judicial horizontal

Claro es que se puede conservar la organización judicial vertical, hasta ahora predominante, para receptar esta serie de sugerencias, y más claro aún es, para nuestro Derecho positivo, que, en cierta manera, ella deberá soportar las reformas necesarias, pues ese tipo de organización viene, incluso en algunos casos, impuesto constitucionalmente²⁴. Pero la implementación del recurso contra la condena de quien va a sufrirla sería bastante más sencilla con una organización judicial horizontal, en la cual los jueces, sin distinción —o con la única distinción de la competencia territorial del tribunal en el cual cumplen funciones, por razones de distancia espacial—, fueran todos jueces del Estado que los instituye y desarrollaran, en cada caso, la función que se les asigna, por algún método que proscribiera la arbitrariedad en la atribución particular del caso. Tampoco resulta necesaria la formación rígida de un tribunal, integrado siempre con el mismo número de jueces que son necesarios para cumplir la misión encomendada dentro de la administración de justicia, y con los mismos jueces, a variar sólo por integración ante el apartamiento de uno de los titulares (recusación o excusación), solución escasamente imaginativa, sino que es recomendable que todos los jueces que tienen una misma competencia territorial y material conformen un tribunal integrado con múltiples jueces como organización, tantos como sea necesario según la cantidad y clase de los asuntos a decidir y el número de jueces que tiene que decidirlos. De este modo, no es necesario concebir al tribunal revisor como un tribunal “superior”, en sentido jerárquico, sino, antes bien, superior en sentido material para el caso, y, por lo contrario, sí es posible determinar que este tribunal revisor esté integrado por más jueces que aquel que dictó la sentencia de mérito, necesariamente y, además, integrado por otros jueces distintos a aquellos que intervinieron previamente. Ello no obstruye la posibilidad de crear tribunales con una competencia material de “menor cuantía”, por ejemplo, dedicados al Derecho contravencional o de faltas, cuando se lo elabora como un sistema penal, y al Derecho penal relativo a los delitos menos graves, y otros de “mayor cuantía”, dedicados a delitos relativos a la criminalidad media y de gravedad, ni tampoco impide crear distinto tipo

²⁴ Nuestra Constitución Nacional, 108, conoce al menos un tribunal superior instituido por ella, la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y varias de las constituciones locales, provinciales, que organizan el poder del Estado —incluso el judicial— en el ámbito provincial, hablan no sólo de la Corte Suprema o Tribunal Superior provincial, sino, incluso, de otros tribunales de primera y segunda instancia, reglas constitucionales, por cierto, criticables.

de tribunales e integraciones (jueces profesionales, escabinado, jurados) para distintos tipos de delitos, incluso según su gravedad.

Déjenme decir, finalmente, que esta organización horizontal se corresponde mejor con un Estado democrático de Derecho, que la organización vertical a la que estamos acostumbrados.

DERECHO PENAL Y PROTESTA SOCIAL (*)

I. Delimitación del fenómeno

En los últimos lustros y como consecuencia de la crisis del modelo de estado *social* (*de bienestar o providente*) que padece el mundo por las imposiciones de un creciente autoritarismo económico planetario montado sobre la globalización (y en ocasiones confundido con ella), se producen protestas o reclamos públicos de derechos, que asumen diferentes formas generadoras de situaciones conflictivas de dispar intensidad¹. En nuestro medio han llamado especialmente la atención los reclamos mediante cortes de rutas y las manifestaciones y reuniones públicas que obstaculizan el tránsito vehicular².

Aunque suele considerarse que se trata de un fenómeno nuevo, el reclamo de derechos por vías no institucionales y en ocasiones en los límites de la legalidad³, dista muchísimo de ser una novedad⁴.

Por un lado, puede afirmarse que es una aspiración de todo Estado de

^(*) Texto ordenado de las notas de la intervención en la mesa redonda convocada por la Universidad de Salamanca (Sede de Buenos Aires) y de la teleconferencia con la Universidade Federal do Paraná (Curitiba), en agosto de 2005. Destinamos este trabajo al homenaje a nuestro querido colega chileno, el Prof. Juan Bustos Ramírez, que además de destacadísimo científico es un infatigable luchador que ha sufrido asilo diplomático en Chile, prisión en la Argentina y largos años de exilio en Alemania y España, por defender sus ideas y la dignidad de su pueblo frente a una despiadada dictadura. Nos sentimos muy felices por su reincorporación a Chile, por su vuelta a la Cátedra y, especialmente, porque su pueblo lo ha elegido y reelegido diputado, y nos alegra mucho más aún, comprobar que estos hechos –ni los malos ni tampoco los buenos– le han hecho ceder en sus ideales.

¹ Desde las manifestaciones *antiglobalización* europeas hasta organizaciones mucho más específicas y articuladas, como en Brasil. Sobre ello: Bernardo Mancano Fernández, *MST formacao e territorializacao em Sao Paulo*, Sao Paulo, 1999; José Carlos García, *De sem.rosto a cidadao*, Rio de Janeiro, 1999; Roseli Salete Caldart, *Pedagogia do Movimento Sem Terra*, Petrópolis, 2000.

² Sobre ello: CELS, *El Estado frente a la protesta social 1996-2002*, Buenos Aires, 2003.

³ V. por ej., AAVV, *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos, Trabajos debatidos en la reunión de expertos celebrada en Freetown, Sierra Leona, del 3 al 7 de marzo de 1981*, Serbal/UNESCO, Barcelona, 1984.

⁴ No es posible olvidar la marcada tendencia del siglo XIX a criminalizar a los líderes de movimientos masivos, considerados degenerados: Cesare Lombroso, *Gli anarchici*, Torino, 1894; Lombroso/Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, París, 1892; Benito Mario Andrade, *Estudio de antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899, pp. 203 y ss.; Gustavo Le Bon, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; del mismo, *Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954; Scipio Sighele, *I delitti della folla*, Torino, 1910; J.M. Ramos Mejía, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912. En general, sobre la criminalización de multitudes y líderes, Jaap van Ginneken, *Folla, psicologia e politica*, Roma 1989.

derecho lograr que sus instituciones sean tan perfectas que nadie necesite acudir a vías no institucionales para obtener satisfacción a sus reclamos; por otro, la misma aspiración parecen tener todos los ciudadanos que reclaman por derechos real o supuestamente no satisfechos. Pero como en la realidad histórica y en la presente, por cierto, los estados de derecho no son perfectos, nunca alcanzan el nivel del modelo ideal que los orienta, de modo que ni el Estado ni los ciudadanos logran ver realizada la aspiración a que todos sus reclamos sean canalizables por vías institucionales.

Por otra parte, por lo general, los ciudadanos tampoco pretenden optar por caminos no institucionales para obtener los derechos que reclaman, sino que eligen éstos sólo para habilitar el funcionamiento institucional, o sea que, en definitiva, *reclaman que las instituciones operen conforme a sus fines manifiestos*.

En la Argentina, especialmente los constitucionalistas y los organismos no gubernamentales que trabajaron el tema, han llamado *derecho a la protesta social* al que se ejercería con esta modalidad de reclamo⁵, y al fenómeno de su represión, *criminalización de la protesta social*. La denominación resulta bastante adecuada y, además, pese a ser reciente, está ya consagrada e individualiza bastante bien la cuestión.

Se justifica una denominación diferente, pues, si bien en algunos puntos se superpone con otras formas de reclamo conocidas en el país o en el mundo, se distingue bastante de ellas y también es necesario diferenciarlas para acotar adecuadamente el campo de análisis.

En principio, debe distinguirse nítidamente del *derecho de resistencia al usurpador*, explícitamente reconocido por la Constitución Nacional a todos los ciudadanos⁶, pues la protesta se ejerce en el marco del Estado de derecho y con autoridades legítimamente electas.

Tampoco se trata del *derecho de resistencia al soberano* que nos remontraría al debate contractualista entre Hobbes y Locke, pues éste se ejerce para derrocar al opresor, o bien –según se entienda–, a quien ha dejado de ser soberano por traicionar su mandato y se ha convertido en opresor⁷, o sea, que la resistencia al soberano es, en definitiva, un *derecho a la revolución*. La protesta social corriente en nuestro medio no pretende derrocar a ningún gobierno. Ni siquiera en algún caso muy excepcional

⁵ V. Raúl Gustavo Ferreyra. *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*. Buenos Aires, 2003, pp. 23 y sgte.

⁶ Artículo 36, 4° párrafo, de la Constitución Nacional: “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

⁷ En esta perspectiva, Feuerbach, P. J. A., *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Giessen, 1797.

—que ha dado lugar a intervención federal— se propuso desconocer el Estado de derecho, sino provocar el funcionamiento de sus instituciones federales para que sean éstas las que reemplacen al gobierno local. Aún para quienes simpatizan profundamente con Hobbes, no les sería lícito invocarlo para criminalizar la protesta social, pues no puede argumentarse que ésta pretenda en modo alguno reintroducir el *bellum omnium contra omnes*.

Aunque en ocasiones puede superponerse con algunas manifestaciones de la llamada *desobediencia civil*, cuyos representantes más notables serían Thoreau, Gandhi y Luther King⁸, lo cierto es que no se identifica —o aún no se identifica— del todo con ella.

En la desobediencia civil, los protagonistas enfrentan al Estado desobedeciendo y por lo general aceptan las consecuencias, porque éstas se convierten en bandera y publicidad de las injusticias que padecen. No siempre —ni mucho menos— en las protestas sociales se busca afrontar las consecuencias para evidenciar las injusticias, sino que se persiguen soluciones a los conflictos mediante la intervención de las propias autoridades. La protesta misma es la forma de llamar la atención pública y de las autoridades sobre el conflicto o las necesidades cuya satisfacción se reclama.

La *desobediencia civil* responde a una *táctica de no violencia* fuertemente disciplinada, entre cuyos principios es elemental no sólo no usar la violencia, sino extremar el cuidado para que *nada pueda interpretarse maliciosamente o proyectarse públicamente como uso de la violencia*, marginando rápida y cuidadosamente a cualquier exaltado, provocador o infiltrado. Cuando esta regla no es observada tan rigurosamente, la *no violencia* se combina con algún esporádico acto más o menos violento o con apariencias de tal, dando lugar a la *resistencia civil*, que puede tener éxito puntualmente, pero que no es la forma adecuada para movimientos de mayor alcance en el tiempo.

El modo en que se desarrolla la protesta social en nuestro medio, puede decirse que se va desplazando de la *resistencia* hacia la *desobediencia*, aunque su progresivo corrimiento —y en ocasiones su identificación con la desobediencia— diste aún de importar la asunción e introyección de todas sus técnicas y reglas por parte de todos los protagonistas.

Es natural que, en un país cuya historia oficial siempre ha glorificado las acciones violentas y que, además, desde hace muchos años no conocía necesidades producidas por la violación de derechos sociales básicos,

⁸ V. María José Falcón y Tella. *La desobediencia civil*. Madrid, 2000.

pues el estado de bienestar había logrado un grado respetable de desarrollo (inferior por cierto a los países industrializados, pero por momentos cercano a éstos), no haya un profundo convencimiento del poder de la *no violencia* y mucho menos, por cierto, una práctica no violenta internalizada, con el grado de organización y disciplina que demanda⁹.

De cualquier modo, lo cierto es que la protesta social argentina, fuera de actos aislados, no asume en general formas violentas y, aún más, podría decirse que existe una relación inversa entre violencia y organización (menor violencia cuanto mayor organización de la protesta), lo que es explicable, pues de lo contrario los organizadores incurrirían en una táctica que estratégicamente acabaría siendo suicida.

Es natural que, donde la *cultura de la no violencia* no se ha extendido suficientemente, las primeras manifestaciones de protesta social sean inorgánicas y, por ende, puedan sufrir la intervención de exaltados, sin contar con que, cuando se expresa masivamente y con escasa organización, también puede padecer la consabida *infiltración táctica* de provocadores orientada a justificar la represión. A medida que la protesta asume formas más orgánicas, también es sabido que va depurando su táctica y separándose cuidadosamente de otras manifestaciones ocasionales que usan la violencia y lamentando estallidos inorgánicos que le son ajenos y que corren el riesgo de contaminar su propia lucha.

Pero lo cierto es que de momento la protesta social más o menos organizada no conoce por completo la *táctica de la no violencia* y, como consecuencia, incurre en ocasiones en los errores que conspiran contra sus propios fines, pues neutraliza la publicidad que busca. De cualquier manera, es necesario precisar que estas pocas contradicciones –como con frecuencia sucede frente a reclamos de derechos sociales– suelen ser magnificadas al extremo por quienes deslegitiman los reclamos y propugnan la represión indiscriminada de cualquier protesta social, pese a que la magnitud de la violencia contradictoriamente practicada no sea ni remotamente comparable con el grado de las violencias a las que *históricamente* se ha sometido a quienes protestaron, las que, como es de público y notorio, se han traducido en múltiples homicidios y todo género a arbitrariedades y maltratos.

Pero, desafortunadamente, todos los movimientos deben hacer su propia experiencia, que no siempre es susceptible de reemplazarse por completo con el consejo o experiencia ajena –o la de los propios protagonistas

⁹ Sobre la no violencia en general, Michael N. Nagler. *Per un futuro nonviolento*. Milano, 2005; no obstante, en la Argentina existen ejemplos claros de no violencia, como las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo.

de otros reclamos—, de modo que, casi inevitablemente, su propia supervivencia está supeditada a que asuma las tácticas que en el mundo han sido propias de la desobediencia civil o terminen disolviéndose por efecto de sus propios errores. *Como no desaparecerán las necesidades tan rápidamente como es deseable, el espacio de la protesta seguirá abierto y, seguramente, se disolverán las organizaciones que no asuman la progresiva identificación con la desobediencia civil y subsistirán las que sigan avanzando hasta completarla.*

En tanto, los problemas jurídicos que plantea la protesta continuarán abiertos y será menester profundizar el análisis en el campo del Derecho, donde no existen soluciones simplistas, dada la pluralidad de situaciones que se generan, particularmente mientras se opera o completa la señalada transición.

Si bien desde el Derecho constitucional han sido varias las voces que se alzaron para el reconocimiento del derecho de protesta, casi no ha habido hasta el momento respuestas desde la dogmática jurídico penal. La complejidad de hipótesis y casos es considerable y no podemos agotarla en este breve trabajo, pero creemos necesario recordar las categorías de la teoría del delito y ponerlas en relación con el problema, para orientar el enfoque de los casos particulares, sin caer en el casuismo y sólo para destacar la necesidad de investigaciones más particularizadas. Simplemente nos limitaremos a señalar los temas sobre los que es menester reflexionar conforme a las tradicionales categorías de la teoría del delito. No dudamos de la existencia de un derecho a la protesta y, en tal sentido, coincidimos con los trabajos de los constitucionalistas¹⁰. No obstante, con este reconocimiento elemental avanzamos muy poco, especialmente cuando, de inmediato, se cae en la invocación de la gastada argumentación de que no existen derechos absolutos y con ello queda todo en una nebulosa que abre un espacio enorme para la arbitrariedad¹¹. Es claro que no cualquiera que sufre una injusticia puede interrumpir una calle o una ruta y menos aún dañar la propiedad ajena o incurrir en ilícitos mayores. Si esta obviedad quiere expresarse con la llamada “inexistencia de derechos absolutos”, nos parece que la expresión es técnicamente defectuosa: lo correcto sería decir que, si bien toda persona que sufre una injusticia tiene derecho de protesta, éste no la habilita a ejercerlo siempre de igual modo ni en la misma medida. Pero una obviedad no satisface ningún rigor jurídico elemental para resolver casos particulares, cuando lo

¹⁰ Por todos, Roberto Gargarella. *El derecho de protesta, El primer derecho*. Buenos Aires, 2005; Raúl Gustavo Ferreyra. *La Constitución vulnerable*. Op. cit. nota 5.

¹¹ Tal parece ser el camino de algunas decisiones judiciales.

que se pregunta es justamente en qué medida y forma es jurídicamente admisible que ejerza el derecho de protesta, según las particularidades del caso.

II. La protesta no institucional

El reconocimiento del derecho de protesta social dependerá de la respuesta que se dé a la pregunta acerca de *si un Estado de derecho debe aceptar reclamos por vía no institucional*.

Cabe entender que debe optarse por la negativa en el caso de un Estado de derecho perfecto: habiendo vías institucionales para reclamar derechos, no es admisible optar por las no institucionales. Pero lo cierto es que no existen estados de derecho perfectos, y ninguno de los estados de derecho históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para lograr la efectividad de todos los derechos.

El tercer considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos estima *“esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”*. Habiendo un *régimen de Derecho*, tal como lo reclama la Declaración, no cabe la rebelión contra la tiranía y la opresión, pero también es de suponer que éste debe ser lo más perfecto posible en cuanto al funcionamiento eficaz de sus instituciones como proveedoras de los derechos fundamentales, a fin de que el hombre no sea vea compelido, no ya a la rebelión –pues se presupone el marco del Estado de derecho–, pero sí al uso de medios de protesta no institucionales.

El derecho de protesta no sólo existe, sino que está expresamente reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (artículo 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (artículo 20). Estos dispositivos imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no sólo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos. Nadie puede sostener juiciosamente que la libertad de reunión sólo se reconoce para manifestar complacencia. Además, no sólo está reconocido el derecho de protesta, sino el propio derecho de reclamo de

derechos ante la justicia (artículo 8).

El problema se presenta cuando se reclaman derechos consagrados en el artículo llamado “14bis” de la Constitución Nacional y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que como derechos llamados “*de segunda generación*” o propios del constitucionalismo social originado en la Constitución Mexicana de 1917¹² y en la de Weimar de 1919¹³, que no consisten en omisiones por parte del Estado, sino en acciones positivas u obligaciones de hacer, y las vías institucionales consistentes en la manifestación pública, el reclamo por los medios masivos, la petición a las autoridades y las propias acciones judiciales, resultan ineficaces para frente a la omisión reiterada y continua del Estado, o sea, que no son idóneos para obtener su efectividad o, por lo menos, para obtenerla en tiempo oportuno, impidiendo efectos irreversibles o interrumpiendo su progresión. Estas son las situaciones en las que lo que genéricamente se ha denominado “derecho de protesta” plantea cuestiones al derecho penal, pues, en tanto se mantenga dentro de las vías institucionales las cuestiones que puede plantear no son reales sino meramente aparentes, dado que *jamás un derecho constitucional e internacional ejercido regularmente puede configurar un ilícito*.

III. La protesta institucional siempre es atípica

El orden jurídico parte del reconocimiento de la dignidad de la persona y de la libertad de expresión que le es inherente. De poco valdría reconocer al ser humano su dignidad de persona, como ente dotado de conciencia, si no se le permite expresar su libertad de conciencia. Para ello se le reconoce el derecho a unirse con quienes comparten sus posiciones y a expresarlas públicamente. Existe, pues, una base general de libertad a la cual se sustraen sólo unas pocas conductas, previamente identificadas en las leyes penales mediante los tipos legales que, en caso de no estar amparadas por ningún permiso especial (causa de justificación) constituyen injustos o ilícitos penales. La protesta que se mantiene dentro de los cauces institucionales no es más que el ejercicio regular de los derechos constitucionales e internacionales y, por ende, nunca pueden ser materia de los tipos penales, o sea que no es concebible su prohibición penal. En estos supuestos queda excluida la primera categoría específicamente

¹² UNAM. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1985; James Frank Smith. *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*. UNAM, México, 1990.

¹³ René Brunet. *La Constitution Allemande du 11 Août 1919*. París, 1921.

penal de la teoría estratificada del delito, esto es, la misma tipicidad de la conducta.

No tiene sentido alguno preguntarse en esos casos si se trata de conductas justificadas por el ejercicio regular de un derecho previsto como fórmula general de la justificación en el artículo 34 del Código Penal, porque directamente no pueden ser abarcadas por los tipos penales. Tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales prohíben a los Estados prohibir esas conductas, de modo que, aunque algunos tipos penales, en el plano del mero análisis exegético, puedan abarcar esas conductas, un análisis dogmático elemental descarta la tipicidad.

En consecuencia, el ejercicio del derecho de petición a las autoridades, la manifestación pública que lo ejerza, el público que se reúna para hacerlo, por más que por su número cause molestias, interrumpa con su paso o presencia la circulación de vehículos o de peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucian la calzada, etc., estará ejerciendo un derecho legítimo en el estricto marco institucional. Queda claro que en estos supuestos las molestias, ruidos, suciedad o interrupción de la circulación se producen como consecuencia necesaria (un número de personas reunidos o transitando provoca interrupciones) o usual (usan bombos, estallan cohetes pequeños, arrojan panfletos, etc.) del número de participantes y de la necesidad de exteriorización del reclamo y durante el tiempo razonablemente necesario para exteriorizarlo (transitar por calles, pararse y escuchar discursos, cantar, etc.).

Es lamentable que se pretenda rastrillar los códigos penales y contravencionales para proceder a la pesca de tipos y a su elastización con el objeto de atrapar estas conductas, que pertenecen al ámbito de ejercicio de la libertad ciudadana. *A praca, a praca é do povo como o céu é do condor*, escribió Castro Alves, el poeta antiesclavista del romanticismo del Brasil¹⁴.

IV. La protesta no institucional no siempre es típica

La circunstancia de que se excedan los límites de la protesta institucional no convierte automáticamente en típica la conducta. Cuando la protesta pasa los límites institucionales, o sea, excede el tiempo razonablemente necesario para expresarse (acampar o deciden pasar la noche en una plaza), no interrumpen la calle por el mero efecto del número de personas sino por acciones dirigidas a hacerlo, pequeños grupos prolongan

¹⁴ Cf. Jorge Amado. *A.B.C. de Castro Alves*. Sao Paulo, s/d, p. 53.

sus gritos una vez concluida la manifestación, se reiteran los gritos en los transportes utilizados para volver a los hogares, etc., se penetra en un campo que puede ser antijurídico o ilícito, pero que no necesariamente es penal, porque sólo una pequeña parte de las conductas antijurídicas está tipificada penalmente. En efecto: quedarse a pasar la noche en una plaza no es una conducta antijurídica. Ruidos molestos innecesarios y una vez concluida la manifestación pueden ser antijurídicos, pero no son penalmente típicos, aunque pueden configurar una falta.

Este es el campo en que con mayor énfasis se intenta elastizar tipos penales o limitarse al puro análisis exegético, para abarcar las eventuales ilicitudes de la protesta no institucional por quienes procuran su criminalización y, por cierto, es el terreno en el cual el derecho penal debe reaccionar con el máximo de cuidado. La tipicidad penal sólo es legal, estricta, de interpretación restrictiva, y no se conforma con la mera comprobación de los elementos del tipo objetivo legal. Nadie duda que la desconcentración de un acto deportivo (partido de fútbol) suele ir acompañada de gritos molestos de los asistentes que vuelven a sus hogares, pero no se está a la pesca de tipos contravencionales para incriminarlos, porque es consecuencia usual de una actividad fomentada por el Estado. Si bien la protesta no es una actividad fomentada por el Estado, es un elemental derecho constitucional e internacional, cuyas consecuencias tampoco pueden ser típicas ni siquiera contravencionalmente en estos casos.

Pero puede haber otros supuestos en que sea más o menos incuestionable la tipicidad contravencional, como cuando se interrumpe una calle por una acción que no es resultado necesario del paso de los manifestantes o de su reunión en razón de su número, aunque tampoco por ello corresponde sin más pretender su tipicidad penal. Siempre que, con relación a la protesta se rastrillan los códigos en busca de tipos penales y se trata de elastizarlos, necesariamente se pasan por alto los principios conforme a los cuales el derecho penal procura contener al poder punitivo mediante la interpretación estricta y los otros principios dogmáticos que deben aplicarse en la interpretación de cualquier tipo penal.

Dejando de lado que no es posible omitir la aplicación de los principios de legalidad estricta y de interpretación restrictiva, que son resultado de la naturaleza discontinua de la legislación penal o de la tipificación, tampoco pueden pasarse por alto o negar los principios de ofensividad, de insignificancia y de proporcionalidad.

El caso de interrupción o perturbación del tránsito en rutas es el supuesto que mayor frecuencia ha tenido en la práctica judicial, considerando que

la interrupción de cualquier ruta o el impedimento de partida de cualquier transporte colectivo configuran la conducta típica del artículo 194 del Código Penal¹⁵. Se trata de un caso de interpretación extensiva de un tipo penal, pues si bien el artículo 194 tiene como condición la exclusión de creación de *peligro común*, no es correcto considerar que eso sea idéntico a la exclusión de *cualquier peligro*. El artículo 194 es un tipo de peligro y no un mero tipo de lesión al derecho de circulación sin perturbaciones. Si ese hubiera sido el sentido del tipo, su redacción hubiese excluido *todo peligro* y no sólo el *peligro común*.

Las perturbaciones a la circulación son materia de regulación nacional, provincial o municipal, dependiendo de la naturaleza del camino y, por ende, su sanción será materia de infracción legislada por estas competencias (si son ferrocarriles o rutas nacionales podrá ser materia de contravenciones federales, que no existen; si son provinciales, de contravenciones provinciales; si son calles, de ordenanzas municipales). La única posibilidad de interpretar el artículo 194 en forma constitucional es entendiendo que se trata de una conducta que con el impedimento, estorbo o entorpecimiento pone en peligro bienes jurídicos fuera de la hipótesis de *peligro común*.

La tipicidad no se agota en la mera comprobación de los extremos exigidos por el tipo objetivo legal, sino que es necesario, además, evaluar si esa tipicidad objetiva resulta *ofensiva* (por lesión o por peligro) para un bien jurídico (y también si es imputable como obra propia al autor, lo que no está en cuestión en el caso). Olvidar esta premisa (no requerir peligro) o presumir el peligro (es decir, darlo por cierto cuando no se haya producido) es violatorio del *principio de ofensividad*, consagrado junto con el principio de reserva en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁶ o bien es invasión federal de competencias contravencionales o de faltas de las provincias y municipios.

Otro principio que no puede obviarse es la romana máxima *minima non curat Praetor*, traducida hoy como *principio de insignificancia*: las afectaciones insignificantes o de bagatela no son suficientes para cumplimentar el principio de ofensividad, pues se entiende que los delitos deben afectar

¹⁵ “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”. En el sentido de la tipicidad, Sala 1, C.N.Cas.Penal, JA, 2002-IV, p. 375 y nuestra nota, en la misma, p. 384.

¹⁶ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

con cierta relevancia los bienes jurídicos, no pudiendo configurarlo cuestiones más o menos baladíes o que no guarden proporción elemental con la magnitud de la pena conminada. En otras palabras: la consecuencia jurídica del delito, esto es, la pena, indica con su magnitud que se requiere un grado respetable de afectación del bien jurídico, lo que no cumplimenta una lesión o puesta en peligro insignificante.

Esta es una cuestión que no sólo debe relevarse cuando se trata de interrupciones o estorbos a vías de comunicación, sino incluso en otros tipos penales. Por ejemplo, la extorsión configura un tipo pluriofensivo que afecta tanto la propiedad como la libertad, pero la magnitud de la lesión a la libertad debe presentar cierta gravedad del contenido del mal que se amenaza. No es lo mismo amenazar con una protesta pública que con colocar un explosivo o provocar un incendio y menos con una amenaza de muerte, incluso admitiendo que la protesta no responda en todas sus características a los requerimientos institucionales. La magnitud de la *intimidación* requerida por el tipo de extorsión no se da con cualquier molestia o eventual perjuicio patrimonial. Por otra parte, no son aplicables en la ley vigente los análisis del tipo de extorsión que podían ser válidos en el texto original del Código Penal, pues la pena que actualmente se impone a la extorsión simple (que es nada menos que prisión o reclusión de cinco a diez años) está revelando que la intimidación demanda una amenaza de gravedad muy considerable.

En el clásico ejemplo de manual, no puede considerarse privación ilegal de la libertad la conducta del responsable de un transporte público que no detiene el vehículo en la parada solicitada por el pasajero y le permite apearse en la parada siguiente, aunque alguna sentencia nacional haya considerado lo contrario. En los casos de protesta el hostigamiento puede constituir una contravención, pero en modo alguno una acción típica del artículo 141 del Código Penal.

No son pocas las dificultades de otros tipos penales a los que puede apelarse en el rastillaje de tipos que suele hacerse en estas ocasiones. En toda manifestación de protesta pública se invoca al *pueblo*. No hay manifestante que, prácticamente, no lo haga y peticione en su nombre. No obstante, no toda manifestación puede considerarse una sedición conforme al inciso 1° del artículo 230 del Código Penal¹⁷, porque no basta

¹⁷ "Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años: 1) Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (artículo 22 de la Constitución Nacional). El artículo 22 de la Constitución Nacional dice: El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición".

con que se peticione en nombre del pueblo, sino que, además, conforme a la conjunción exigida por la Constitución y el Código, también es necesario que *se atribuya sus derechos*, lo que no hace cualquier manifestación, protesta o reclamo, por mucho que pretenda expresarse en nombre de éste, pues esto último no pasa de ser un recurso retórico de uso universal. Una interpretación diferente criminalizaría no sólo la protesta social, sino cualquier reunión de las que ocasionalmente se convocan para exigir mayor represión y que, de hecho –a juzgar por sus desastrosos resultados en la legislación penal– suelen intimidar a los verdaderos y auténticos representantes del pueblo.

No menos problemas acarrea el tipo del artículo 239¹⁸ del Código Penal en la variable de *desobediencia* –no así de *resistencia*– a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones, cuya tipicidad debe ser meticulosamente reducida para evitar caer directamente en la inconstitucionalidad. La desobediencia a un funcionario público podrá acarrear sanciones administrativas, eventualmente contravencionales, puede pensarse que incluso pueda ser típica, pero sólo en casos en que ésta provoque lesión a otros bienes jurídicos de cierta magnitud y en casos muy puntuales y graves, pero no cualquier desobediencia a un funcionario en ejercicio de sus funciones, por legítimas que sean éstas, puede configurar un delito, porque el ámbito de esa tipicidad alcanzaría una extensión inaudita e incompatible con un Estado de derecho: sería delito negarse a mostrar la licencia de conductor requerida por el agente de tránsito, a entregar la documentación al policía que la requiere, a pagar un impuesto o una tasa ante requerimiento oficial, desobedecer la orden de no fijar carteles o la de dejar de fumar en lugar prohibido, etc. Por supuesto que cada una de estas conductas tiene consecuencias jurídicas, pero no es la del tipo del artículo 239 del Código Penal.

Algo parecido sucede con la apología del crimen del artículo 213 del Código Penal¹⁹. Ante ciertas formas de resistencia civil, llevadas a cabo incluso individualmente por parte de quienes, siguiendo la línea que en el siglo XIX iniciara el famoso Thoreau²⁰ en Estados Unidos, aceptan las consecuencias jurídicas –penales– de sus actos justamente como forma de protesta y de crítica social. Cualquier expresión de admiración o de apoyo a la actitud de estas personas resultaría inculpada, cuando

¹⁸ “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

¹⁹ “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

²⁰ Henry D. Thoreau. *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid, 1994.

en realidad no se trata más que de una manifestación de crítica social. Diferente sería el caso en que se hiciese la apología de delitos de otra naturaleza, como delitos sexuales, violencia familiar, asesinatos múltiples o en serie, genocidios, etc. El tipo del artículo 213 es otro que debe interpretarse restrictivamente para compatibilizarlo con la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

No menor es el riesgo de que, a medida que la protesta social se organice y se perfeccione, se procure incluir a los participantes en estas organizaciones en el tipo de asociación ilícita, que es otra figura que plantea serios problemas constitucionales no suficientemente resueltos²¹.

El tipo de asociación ilícita fue profusamente empleado contra las reivindicaciones laborales cuando las huelgas eran consideradas delitos en las luchas de los gobiernos europeos contra los socialdemócratas. Por arrastre llega a las legislaciones modernas con penas relativamente bajas. Por efecto de reformas puntuales en momentos de violencia política y social, las penas fueron aumentadas hasta los extremos actuales y no han vuelto a las tradicionales, por mucho que esas circunstancias hayan sido superadas hace décadas. Se trata de un tipo que adelanta la tipicidad a actos claramente preparatorios, o sea, muy anteriores a la tentativa y ni siquiera contempla el desistimiento: quien se pone de acuerdo con otras dos personas para cometer hurtos simples (propone la organización de pequeños ladrones o mecheras de tiendas), resulta penado con el equivalente a la suma de los mínimos de la pena de treinta hurtos, pese a que pasada la velada nada haga ninguno de los participantes en el futuro. El principio republicano indica que este tipo –y con las debidas reservas– sólo podría compatibilizarse con la Constitución cuando se trate de asociaciones que se propongan la comisión de delitos muy graves, como los de destrucción masiva e indiscriminada de bienes jurídicos, sin contar con que sería discutible que pueda configurarse con el solo acuerdo sin ninguna actividad posterior.

Valgan estos ejemplos para demostrar que es necesario que el derecho penal, en su función de contención jurídica frente a las pulsiones del estado de policía, observe con mucha atención las tentativas de forzar tipos penales, no sólo en los casos en que la protesta social se mantenga en los cauces institucionales, sino incluso cuando exceda este marco, penetrando ámbitos de ilicitud eventualmente emergentes de la infracción al orden administrativo o contravencional.

²¹ “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

V. La protesta que se manifiesta en conductas típicas y la justificación

Hasta aquí nos hemos ocupado de la protesta que no incurre en tipicidad (prohibición) penal, aunque exceda el marco institucional y aunque pueda incurrir en otras ilicitudes. No obstante, la protesta puede configurar tipicidades, tales como delitos de daños no insignificantes, lesiones, resistencia a la autoridad, etc.

Por supuesto, descartamos de este análisis los casos en que la protesta sólo sea la ocasión para la comisión de delitos de mayor gravedad. Si bien no parece ser ésta la característica de la protesta social dominante, no presentaría ningún problema la solución penal al caso de quien sólo aprovecha la protesta para cometer un homicidio, una violación o un robo. Nos limitamos, por ende, a los delitos que puedan cometerse en el curso y por efecto de la protesta misma, de los cuales parecen ser los más frecuentes los antes mencionados (daños, lesiones y resistencia).

En estos supuestos corresponde analizar si la conducta típica está amparada por una causa de justificación. Para ello no cabe apelar a la fórmula del legítimo ejercicio de un derecho más que como definición general de todas las causas de justificación, pues la fórmula legal del artículo 34 no es más que una remisión a todo el orden jurídico, para determinar si existe en él alguna disposición particular que permita la realización de la conducta típica. El derecho de protesta constitucional no entra en esta fórmula del Código Penal, pues es el que directamente garantiza la atipicidad a que nos hemos referido antes. Los casos que están necesitados de preguntarse sobre la justificación son, justamente, los que han caído dentro de la tipicidad. En tales supuestos, por regla general, cabe preguntarse en cada caso si pueden encuadrarse dentro de la legítima defensa o dentro del estado de necesidad justificante.

No es posible considerar aquí toda la casuística hipotética ni reiterar el desarrollo de la teoría de la justificación, sino sólo insistir en la necesidad, en cada caso, de analizar si la conducta típica no se encuentra amparada por alguna de estas justificaciones.

En cuanto a los participantes de protestas sociales que sean ajenos a las necesidades o a la conducta justificada por legítima defensa, cabe observar que también los cubren estas justificaciones cuando realmente operen según las circunstancias del caso, pues quien coopera con alguien que actúa justificadamente, también lo está haciendo amparado por la causa de justificación de que se trate y, en el caso de la legítima defensa, está especialmente regulada la legítima defensa de terceros.

Esta última presenta la particularidad de que, en caso que el agredido hubiese provocado suficientemente al agresor, el tercero puede igualmente defenderlo legítimamente, a condición de que él no haya participado en la provocación. Esto es importante en los casos de represión violenta de manifestaciones o reuniones públicas: quien defiende a un manifestante que es agredido físicamente después de insultar o provocar de otra manera, está actuando legítimamente, aunque el manifestante no estuviera amparado por esa causa de justificación en razón de la previa provocación. El estado de necesidad presenta también problemas interesantes y complicados frente a los casos particulares. Ante todo, el mal que se causa debe ser menor que el que se quiere evitar, de modo que debe tratarse de una protesta que reclame por un derecho fundamental. No habilita a ninguna conducta típica la exigencia de vacaciones, por ejemplo, pero puede habilitarla el derecho a la alimentación o a la salud, según las circunstancias, o sea, según la gravedad y cercanía del mal que se quiere evitar. No puede tratarse de males remotos o hipotéticos, sino relativamente cercanos y urgentes.

En segundo término, no debe haber otra vía idónea, esto es, razonablemente transitable, para neutralizar el mal amenazado. La idoneidad de la vía de reclamo alternativa no puede ser meramente formal o hipotética, sino que debe tratarse de una idoneidad real y efectiva. Nadie puede cometer una conducta de daño para obtener alimentos, si le bastase con convocar a la autoridad para que se los provea en tiempo razonable.

Además, la conducta típica debe ser conducente a ese resultado, sea porque es la menos lesiva y la más adecuada para llamar la atención pública, porque no hay medios de hacerlo por otro camino, porque los medios de comunicación hacen caso omiso del reclamo, porque las autoridades no quieren reparar en la necesidad, etc. Si en una comunidad no se atienden necesidades elementales de alimentación ni sanitarias, si peligran vidas humanas, si no se previene o detiene la contaminación del agua potable o la desnutrición está a punto de causar estragos irreversibles, si la comunidad está aislada y las autoridades no responden a las peticiones, no será lícito destruir la sede del municipio, pero estaría justificado que con un corte de ruta se llame la atención pública y de las autoridades, aunque éste tenga una duración considerable y ocasione algún peligro para la propiedad o los negocios. Se trata del empleo del medio menos ofensivo que queda en manos de las personas para llamar la atención sobre sus necesidades en situación límite.

Se ha planteado muchas veces la pregunta acerca del estado de necesidad creado por carencias que son generales. Por regla, las necesidades

que se hallan generalizadas no habilitan el estado de necesidad, pero en un país con considerables diferencias sociales, será menester siempre establecer cuál es el estándar medio de satisfacción de las necesidades sociales y, por ende, atender a ese estándar para establecer la naturaleza de las carencias. Es casi inevitable que inmediatamente después de un terremoto haya carencias y nada habilita a cometer conductas típicas mientras se procura resolverlas en un tiempo razonable y con la urgencia del caso, puesto que se trata de padecimientos que están soportando todos los habitantes de la región o del lugar.

No obstante lo anterior, en el marco de carencias generales pueden suscitarse situaciones de necesidad particulares. Si en el ejemplo del terremoto, nadie, por el hecho de haberse quedado sin techo, tiene derecho a ocupar el hospital, no puede negarse que si un niño está a punto de perecer de sed o de hambre, pueda apoderarse de bebida o alimentos que se hallan entre los escombros del almacén.

No es posible, pues, agotar aquí todas las hipótesis de eventual justificación de la protesta social que incurra en conductas típicas, pero bastan las anteriores consideraciones para señalar la dificultad de la cuestión.

VI. La protesta que se manifiesta en conductas ilícitas y la culpabilidad

Cuando la conducta sea típica y antijurídica, o sea, constituya un ilícito o injusto penal, aun restan los problemas que la protesta social plantea a la culpabilidad. Entendida ésta en el sentido normativo tradicional de juicio de reproche o reprochabilidad, se plantean problemas que hacen a la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad y a la necesidad exculpante.

En principio, cuando la protesta adopta la forma de un injusto porque la justificación de necesidad se excluye en razón de que existían caminos institucionales viables y realmente idóneos para satisfacer las necesidades, puede operarse un error de prohibición, si estos caminos eran ignorados por los protagonistas de la protesta o si éstos creían no poseer a su alcance los medios para encaminar por ellos sus reclamos o no los creían eficaces con motivos fundados en experiencias anteriores.

Dado que las protestas suelen ser masivas, este desconocimiento no tiene por qué ser general, sino que puede haber un error de prohibición invencible respecto de algunos o de la mayoría de las personas que participan en ella, en tanto que otros pueden caer en un error vencible o bien directamente no estar en situación de error, por conocer los medios

institucionales disponibles y eficaces. Esto significa que no es posible criminalizar por igual a todos los que participan de la protesta, sino que la culpabilidad debe valorarse respecto de cada persona y en la medida en que ésta individualmente podía comprender la ilicitud con relevancia penal de su comportamiento. Tengamos en cuenta que la ley (artículo 34 del Código Penal) exige que el agente haya tenido la posibilidad de comprender la *criminalidad* de su acto y no la mera ilicitud o antijuridicidad: para la ley argentina no basta con que el agente crea que está cometiendo una contravención o una falta cuando en realidad está cometiendo un injusto penal.

En cuanto a la necesidad exculpante, las hipótesis son más remotas y no parecen compadecerse con los casos de protesta social conocidos en nuestro medio, aunque no cabe descartar la posibilidad de una situación que encuadre en la exculpación. Quienes ante la total inacción de las autoridades y la indiferencia pública absoluta, en la inminencia de pérdida de sus cosechas por falta de agua, interrumpido el riego por actos arbitrarios o falta de atención, desvían aguas que no les pertenecen para salvar lo que es su único medio de vida y el de sus familias, amenazados por la miseria y el hambre y, en tal caso, afectan un derecho de propiedad ajeno para salvar el propio. Se trata de dos bienes jurídicos de pareja entidad y, por ende, no media justificación, pero existe necesidad exculpante, sin perjuicio de que deban reparar al propietario afectado.

Todo lo dicho respecto de la culpabilidad debe complementarse, incluso en caso de que el delito se complete, con una cuantificación adecuada de ésta, no sólo en base a la culpabilidad tradicional, que no marcaría más que el límite máximo, sino como culpabilidad por la vulnerabilidad, o sea, que será menester medir el esfuerzo que haya realizado la persona para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad que, en el caso de protestas sociales, suele ser mínimo, dada la atención especial de las autoridades en algunos de estos casos.

En otros, por el contrario, la atención de las autoridades favorece los errores de prohibición invencibles. Ello obedece a que los reclamos sociales son, en el fondo, problemas políticos o de gobierno, lo que hace que, con harta frecuencia, éstos sean atendidos por las propias autoridades políticas, que los resuelven en ocasiones *in situ*. Es pensable que, cuando una autoridad ejecutiva o legislativa acude al lugar y resuelve el conflicto (se levanta la reunión, cesa la protesta, etc.), los participantes no tengan la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, pues el propio Estado concurre a resolver el conflicto. Más aún, tratándose de cortes de rutas o de concentraciones, el Estado suele estar

presente para garantizar la integridad física de los participantes. Daría la impresión de que la policía cuida a los pretendidos delincuentes. Ante la opinión lega, resulta incomprensible que el Estado, por un lado, concurra a resolver el conflicto o a cuidar a los reclamantes y, por el otro, pretenda criminalizarlos. En tales eventualidades es muy difícil pretender que exista una posibilidad exigible de comprensión de la criminalidad.

VII. Algunas reflexiones políticas

Lo señalado en el párrafo anterior indica que el fondo de la materia con que se enfrenta el derecho penal en este punto es una cuestión de naturaleza eminentemente política. Nadie puede negar que la realización de los Derechos Humanos de segunda generación sea de esa naturaleza. Quitar el problema de ese ámbito para traerlo al derecho penal es la forma más radical y definitiva de dejarlo sin solución. Siempre que se extrae una cuestión de su ámbito *natural* y se le asigna una naturaleza *artificial* (como es la penal) se garantiza que el problema no será resuelto. *Esto indica que la mejor contribución a la solución de los conflictos de naturaleza social que puede hacer el derecho penal es extremar sus medios de reducción y contención del poder punitivo, reservándolo sólo para situaciones muy extremas de violencia intolerable y para quienes sólo aprovechan la ocasión de la protesta para cometer delitos.* De ese modo, el derecho penal se preserva a sí mismo, devuelve el problema a su naturaleza y responsabiliza por la solución a las agencias del Estado que constitucionalmente no son sólo competentes, sino que tienen el deber jurídico de proveer las soluciones que, desde el principio, sabemos que el poder punitivo no podrá suplir.

En términos de distribución de competencias y de poderes, es obvio que pretender la criminalización de la protesta social para resolver los reclamos que ésta lleva adelante, es exigir a los poderes judiciales una solución que incumbe a los poderes estrictamente políticos del Estado y, por ende, cualquier omisión del esfuerzo de contención del derecho penal resulta no sólo inconveniente, sino también inconstitucional desde la perspectiva de la separación e independencia de los poderes del Estado.

EL TIEMPO Y LA CULTURA CONSTITUCIONAL(*)

I. Introducción: Dimensión macro - Dimensión micro - Ejemplos de la cotidianeidad

El intento por abordar el tema del “tiempo” a la luz de la Constitución y la cultura constitucional comienza con un primer acercamiento a partir de ejemplos cotidianos y de polémicos interrogantes políticos (palabras claves: límites del endeudamiento del Estado, desechos atómicos). La problemática del tiempo se desdobra para la comunidad política en dos dimensiones: la primera, grande e “histórica”, puede caracterizarse como “la Constitución en el tiempo”. Es la *dimensión macro*. La segunda dimensión, “pequeña” o *dimensión micro*, puede ser caracterizada como “el tiempo en el Derecho constitucional”. En el ámbito macro se analizan las constituciones y su legislación en la historia; en el *ámbito micro* se aborda el tiempo en la actualidad del Derecho constitucional concreto, es decir, para nosotros en la Constitución.

Comencemos con ejemplos acerca de cómo vivencia el ciudadano el tiempo en lo jurídico. Hasta el lego se encuentra familiarizado con figuras legales cotidianas referidas al aspecto temporal y pertenecientes a la dimensión micro: plazos que, de no ser cumplidos, conducen a la pérdida de derechos; la prescripción de derechos o la posibilidad de una persecución penal para salvaguardar la paz jurídica. Los fallos judiciales adquieren validez legal, los actos administrativos de una autoridad pública adquieren vigencia. Algunos padres contemplarán el establecimiento de la mayoría de edad de sus hijos a los 18 años con sentimientos encontrados, de la misma manera percibirán algunos políticos la disminución de la edad para ejercer el derecho al voto. Pensemos también en los períodos legislativos del Parlamento o en los períodos del mandato de los gobernantes como un ejemplo de control y legitimación del poder político en las democracias, lo cual se hizo evidente hace muy poco en la así llamada

“des-elección” de *Carter* y *Giscard* (1980 y 1981 respectivamente)¹. Se podrían señalar gran cantidad de otras formas jurídicas vinculadas a la temporalidad de los acontecimientos cotidianos. En el campo problemático de la protección jurídica, la interrelación entre justicia y temporalidad no se muestra sólo en la discusión acerca de la duración de los procedimientos contencioso-administrativos (por ejemplo, en el caso de la solicitud de asilo y en los procedimientos de autorización relativos a la ley de instalaciones nucleares) o en la “protección jurídica provisional” (como en el caso de los procesos de *numerus clausus*); ya los enormes “lapsos de tiempo” que insumen, por ejemplo, los procesos vinculados al nacionalsocialismo (como el proceso de *Majdanek*) o en el caso *König*² demuestran, cómo puede verse afectada la justicia (ya sólo) por una excesiva duración del proceso judicial³.

Escritos de conmemoración, como “30 años de República Federal – Tradición y cambio”⁴ nos recuerdan cuán fuerte es la influencia

¹ La contribución original *Zeit und Verfassungskultur* forma parte de la obra colectiva *Die Zeit*, Escritos de la Fundación Carl Friedrich von Siemens, tomo 6, editado por A. Peisl y A. Mohler, 1983 e incluido en las páginas 289-343. (La pregunta por el tiempo -“tiempo” no como “nuestra época”, sino como dimensión- nos descubre visiones sobre el ser del hombre y su posición en el mundo. Científicos naturalistas y humanistas tratan de responder en este libro a esta cuestión desde sus diferentes posiciones).

² La traducción fue realizada especialmente para Contextos por Irene Weinmann de Knoop, Traductora Pública de Alemán (UBA) y la Lic. Sylvia Lenz, Docente de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), con conocimiento del autor y a pedido de la Dirección.

Lista de abreviaturas:

BVerfG (Bundesverfassungsgericht): Tribunal Constitucional Federal

BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz): Ley del Tribunal Constitucional Federal

BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht): Sentencias del Tribunal Constitucional Federal

DRiG (Deutsches Richtergesetz): Ley Judicial Alemana

GG (Grundgesetz): Ley fundamental, Constitución alemana

MRK (Menschenrechtskonvention): Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

WRV (Weimarer Reichsverfassung): Constitución de Weimar

Peter Häberle autorizó a la Dirección la publicación exclusiva en español en Contextos.

³ El factor tiempo juega un rol diferente según el ámbito de función estatal. El período electoral de 4 años del Parlamento alemán, por ejemplo, se corresponde con su función de órgano parlamentario; sin embargo, la restricción a 12 años de la duración en el cargo de los jueces del Tribunal Constitucional Federal (§ 4 *BVerfGG*) no resulta lógica, ya que anteriormente eran elegidos para cubrir el cargo con carácter vitalicio. El principio de adjudicar solamente por un tiempo ciertos cargos públicos en diferentes entidades o funciones se justifica desde muchos aspectos: evitar el abuso de autoridad, legitimación democrática, apertura frente a nuevos desarrollos, etc., y, en parte también, fortalecimiento de la independencia (judicial): el tiempo y la función (pública) se hallan específicamente vinculados. En sentido inverso, también es válido que un mandato es entregado por un tiempo determinado y debe ser asumido responsablemente por el mandatario, quien sólo debería ser relevado de su cargo anticipadamente en situaciones excepcionales.

² EuGH Derechos Humanos, NJW 1979, p. 477 ss. Podría haberse decidido “correctamente” a partir del Art. 19, Inc. 4, Art. 103, Inc. 1 GG. Ver ahora *BVerfGE* 55, 349 (369): “Una protección legal eficiente también significa una protección legal en un tiempo acorde”. Véase también *BVerfGE* 55, 1 (6): la audiencia judicial evita que “se tomen decisiones apresuradas”.

³ Un ejemplo para el trabajo con argumentaciones sobre el tiempo en la determinación del *Derecho consuetudinario*: *BVerfGE* 34, 293 (304).

⁴ Título del tomo publicado por J. Becker 1979; además: D. Merten/R. Morsey (Ed.), 30 años de Ley

del tiempo en nuestra acreditada Constitución, ya que en estas tres décadas se sucedieron no menos de 34 modificaciones formales del texto constitucional: la dimensión macro se torna visible. La ciencia del Derecho constitucional no se halla sola en este punto: desde un enfoque general, es decir, en el aspecto *cultural*, se “redescubre” la *historia*. Esto se inicia con los esfuerzos por recuperar para el Liceo un “canon de materias, textos y valores”⁵, y conduce tanto hacia la reconcientización de los estudiantes con relación a la historia constitucional como hacia la búsqueda de una manera de contribuir a la “superación de la ahistoricidad de la democracia alemana”⁶.

Especialmente polémicas son hoy en día dos cuestiones jurídicas, bajo las cuales la problemática del tiempo adquiere una nueva dimensión al basarse en la comprensión de la Constitución como un “contrato generacional”: en primer lugar, la protección de las futuras generaciones de los “desechos atómicos”; en segundo lugar, la pregunta acerca del límite del endeudamiento del Estado; ambas cuestiones que deben ser abordadas por el bien de las futuras generaciones. Estos interrogantes tienen varios puntos en común: el texto positivo de la Ley Fundamental (GG) nos abandona aquí. Por ello es preciso argumentar a partir de la interpretación de la Constitución y desde un profundo análisis cultural: Una Constitución entendida como contrato (social) dinámico en el sentido de una “convivencia constantemente resignificada”, ¿no implica también la protección de las futuras generaciones, de sus bienes culturales como sustrato material e inmaterial de su vida, su entorno y su libertad frente a cargas impositivas desmesuradas? El actual intérprete de la Constitución y político también se encontraría entonces ante limitaciones temporales correspondientes a la dimensión macro. A estos interrogantes teóricos podría responder el tema “tiempo y cultura constitucional”. Porque la “cultura” remite a responsabilidades y compromisos que un punto de vista puramente jurídico no sería capaz de reconocer.

Fundamental, 1979. En revistas especializadas: H. Maier, H. Ridder, U. Matz y A. Grosser, en: PVS 20 (1979), p. 156 ss., 168 ss., 183 ss., también 190 ss.; H. Weichmann, en: DVBl. 1979, p.364 ss.; G. Hartkopf, H. Schnoor y M. Rommel, en: DÖV 1979, p. 349 ss., 355 ss., también 362 ss.

⁵ Cf. K. Adam, en: FAZ del 15/12/1980, p. 21.

⁶ P. Glotz, citado en FAZ del 16/12/1980, p. 2 – P. Lerche reflexiona como mentor de una serie de trabajos de la empresa Siemens sobre el tema “La neurosis alemana” (Escritos de la Fundación Carl Friedrich von Siemens, editados por A. Peisl y A. Mohler, tomo 3, 1980, p. 238, 240) acerca de la siguiente idea: Un pueblo recién es capaz de actuar cuando está en condiciones de relatar su historia y de identificarse con ella y a partir de ella.

II. Evaluación de la situación: El problema del tiempo en la práctica y la teoría constitucional

1. Puntos de partida de la discusión

El Estado constitucional de carácter occidental se distingue por reconocer como premisa la dignidad humana, la soberanía del pueblo y la división de poderes, los derechos fundamentales y la tolerancia, la diversidad de partidos políticos y la autonomía de los tribunales; con buenas razones se lo elogia como democracia pluralista, o dicho de otra manera, como sociedad abierta. A su Constitución, entendida como reglamentación jurídica fundamental del Estado y la sociedad, le corresponde una vigencia jurídica formal elevada. Ella posibilita un momento de estabilidad y permanencia; un ejemplo impresionante es la Constitución americana con más de 200 años de existencia. Por esta permanencia en el tiempo –en el artículo 79, inciso 3, la Ley Fundamental presenta en defensa de los principios fundamentales, y al igual que algunas otras Cartas Magnas, una “pretensión de perpetuidad”– se tornan necesarios instrumentos y procedimientos, gracias a los cuales la Constitución como “proceso abierto”⁷ pueda adaptarse de manera flexible a transformaciones, sin que el sentido de la misma se vea alterado: esto es “estímulo y barrera” en el sentido de S. R. Smends, y también “norma y tarea” (U. Scheuner) y “limitación y racionalización” del poder estatal (H. Ehmke), pero también del poder social. Justamente la Constitución nacional de los EE.UU. conoce, a pesar de las numéricamente escasas modificaciones sufridas por la misma en sus 200 años, procedimientos de cambio, especialmente por sentencias de jueces del Tribunal Constitucional.

El Derecho público alemán se dedicó más específicamente al tema del tiempo recién en los años 70. Tanto la euforia reformista de esos años, como también los jubileos constitucionales y el justificado orgullo por nuestra Ley Fundamental y su historia podrían haber contribuido a la discusión del tema tiempo. Así, hallamos que en 1974 las palabras claves “tiempo y Constitución”⁸, y más tarde su transformación en “Constitución y tiempo”⁹; las palabras de W. Maihofer acerca de la “ciencia jurídica

⁷ Véase P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978.

⁸ P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, en: *ZfP* 21 (1974), p. 111 ss., ahora en: *ibid.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 59 ss.

⁹ Cf. M. Klopfer, en: *Der Staat* 13 (1974), p. 457 ss.; W. R. Schenke, en: *AöR* 103 (1978), p. 566 ss. Más literatura acerca del tema: W. Fiedler, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972; G. Dürig, en: *FS Tübinger Juristenfakultät*, 1977, p. 21 ss. Anteriormente: H. U. Evers, en: W. Weber/C. H. Ule/O. Bachof (ed.), *Rechtsschutz im Sozialrecht*, 1965, p. 63 ss.; R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, p. 9 ss.; S. Rosenne, *The time factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1960; K. Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, 2ª edición, 1965, p. 67 ss.

como ciencia del futuro” (1971) y los estudios tempranos de *G. Husserl* sobre “Derecho y tiempo” (1955) fueron tan motivantes como el descubrimiento de la planificación como “nueva” función del Estado¹⁰. También el “principio esperanza” de *Ernst Bloch* podría ser un incentivo permanente para tematizar la dimensión del tiempo en la vida en sociedad y reflejarla concientemente en el Derecho¹¹.

La mayoría de los trabajos actuales sobre el tema del tiempo se caracterizan por dos cuestiones: en primer lugar, pierden de vista la ambivalencia de *Jano* con relación al “tiempo”: el tiempo se contempla con entusiasmo de descubridor, especialmente con vistas al futuro, el aspecto tradicional no es trabajado con la misma profundidad ni de manera diferenciada. Pero como la particularidad del Estado constitucional es el entretejido *flexible* de momentos dinámicos y estáticos, debe ser posible analizar la tradición y/o la herencia y el presente y/o el futuro prospectivamente con sinceridad. Aunque cambien los intereses y las necesidades a lo largo de la historia del desarrollo de una Constitución, en la teoría constitucional se deben abordar desde un principio ambas perspectivas. Por otra parte, el tema del tiempo no es analizado ni en lo metodológico ni conceptualmente más allá de lo estrictamente jurídico: por ejemplo, desde un punto de vista *cultural amplio*, cultura de la cual la Constitución y el Derecho no son más que una parte. El nuevo libro de *R Wendorff* “Tiempo y cultura” de 1980 se convierte por esta razón en un desafío para continuar desarrollando nuestro tema “Tiempo y Constitución” de 1974 como “Tiempo y cultura constitucional”.

2. Instrumentos del Estado constitucional y procedimientos para la vinculación de la Constitución con el tiempo

Al comparar diferentes constituciones occidentales, puede observarse que éstas rinden tributo al factor tiempo en dos sentidos:

- 1) Mirando *hacia atrás* (retrospectivamente): al pasado, la tradición y la transmisión oral, a los orígenes y a la “herencia cultural”.
- 2) Mirando *hacia adelante* (prospectivamente): al futuro, lo que será (por

¹⁰ Al respecto, ver J. H. Kaiser, en: J. H. Kaiser (ed.), *Planung*, tomo 1, p. 7, 31 ss.

¹¹ *La Utopía*, un texto clásico para el estudio de las ciencias del Estado, introduce de manera utópica al futuro directamente en el presente. El futuro cumple una función en el hoy: como esperanza, pero también como alivio del presente. No sería osado decir, que las utopías son indispensables para el pensar y actuar político. Su “*élan créateur*” es siempre un desafío para el presente y sus posibilidades. ¡También el actual Estado constitucional ha sido alguna vez una utopía! La corriente crítica que vincula las utopías implícita o explícitamente al presente –muchas veces por desplazamiento de espacio y tiempo al plano utópico– es también imprescindible en una sociedad abierta. Es un medio legítimo de crítica a las condiciones vigentes, por más “insoportables” que parezcan las utopías muchas veces. Lo peculiar en este caso es, que la literatura determina aquí con ayuda de una maniobra que desplaza espacio y tiempo, una ciencia básica como la teoría del Estado y la teoría constitucional.

ejemplo, en forma de las así llamadas “modificaciones de la Constitución”, cláusulas experimentales legales, efecto anticipado de leyes y de tratados internacionales o modificaciones del texto constitucional).

En el espacio de tensión entre *ambas* dimensiones, en la *interacción* entre los procesos más fuertemente tradicionales y los más prospectivos, “vive” la Constitución de las sociedades abiertas, cuya característica distintiva es justamente el reconocimiento de las *no simultaneidades* del desarrollo de las sociedades (y con esto del pluralismo). A largo plazo se llega, atravesando ambas dimensiones, a *procesos culturales de producción y recepción*, de los cuales participan las constituciones y a través de ellas todos los intérpretes de una sociedad abierta: funcionarios estatales y públicos, legisladores y partidos, ciudadanos y grupos, la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores, que son más que los así llamados “tribunales específicos”, la teoría del Derecho público y también otras ciencias, hasta (y en especial) el arte.

En detalle:

A. Vinculación de la Constitución a la tradición y al origen

Las constituciones no surgen de una tabula rasa ni en una hora cero en lo cultural. Aún si se han originado como resultado de procesos revolucionarios, se reconocen formas de vinculación con hallazgos previos, se conservan huellas de la vieja cultura del Derecho (constitucional). La Ley Fundamental y, desde 1946, las constituciones de los Länder alemanes conocen instrumentos diferenciados para la incorporación de la tradición y las tradiciones. Su tratamiento debe ser previo a la discusión acerca de la modificación de las constituciones.

a. Cláusulas de recepción y de “herencia cultural”

En primer lugar, se encuentra la *recepción explícita* (tradición a través de la recepción): ejemplos como el artículo 140 de la Ley Fundamental (la adopción del Derecho público eclesiástico de Weimar), pero también cláusulas de la tradición como el artículo 12, inciso 2 o el artículo 123, inciso 1 de la misma Ley Fundamental (“las normas jurídicas existentes con anterioridad a la reunión del Parlamento Federal continuarán vigentes, en tanto no se contradigan con lo expresado en la Ley Fundamental”) son formas clásicas de recepción en un Estado constitucional¹². Por lo demás,

¹² Otros ejemplos: cf. el Art. 178, Inc. 2, p.1 e Inc. 3 WRV; ver también las reglamentaciones en el Art. 170, Inc. 3 p.1, 174 p.1 WRV. Además: el Art. 94, Inc. 3 de la Constitución de Baden Württemberg; el Art. 186, incisos 2 y 3 de la Constitución de Baviera; el Art. 85 de la Constitución de Berlín; el Art. 151, Inc. 2 de la Constitución de Hessen (modificación de la “unidad jurídica existente” sólo por un motivo inexcusable); el Art. 55 de la Constitución de Niedersachsen; el Art. 137 de la Constitución de Rheinland Pfalz; el Art. 132 de la Constitución de Saar con una cláusula de *adaptación*. Véase también el Art. 56, Inc. 2 de la Constitución de Niedersachsen: “estas instituciones regionales heredadas de los (sc. antiguos) Länder...”. De vez en cuando se hacen justamente allí referencias a *futuras* Constituciones: el Art.

existe una cantidad interesante de *recepciones más o menos tácitas*, especialmente en la parte dogmática¹³. Culturas jurídicas como el derecho del ciudadano, el Código Civil Alemán (BGB)¹⁴, vivieron de esta manera grandes transformaciones constitucionales¹⁵, a veces por medio de un “salto de recepción” por encima de períodos, como el así llamado “Tercer Reich”. En el medio de la “interpretación histórica”, como el medio clásico de corresponsabilizar jurídicamente al pasado¹⁶, se constituye así

152 de la Constitución de Bremen; véase también el Art. 153, Inc. 2 de la Constitución de Hessen: “la legislación futura de la República Alemana prevalece sobre la legislación de los Länder”. Además: el Art. 141 de la Constitución de Rheinland Pfalz.

¹³ Para ello véase P. Häberle: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, Inc. 2 GG, primera edición 1962, p. 162 ss.; véase también P. Lerche, en: ZZZ 78 (1965), p. 1 (11 ss.). Si se revisan las Constituciones de los Länder alemanes desde 1946, se hallan cláusulas de recepción referentes al Art. 140 de la Ley Fundamental (como el Art. 5 de la Constitución de Baden Württemberg, el Art. 22 de la Constitución de Nordrhein Westfalen), acerca de cómo el *derecho público eclesiástico* en Alemania no es solamente, como lo demuestra el Art. 140 de la Ley Fundamental, una materia “*plena de recepción*”, compárense, por ejemplo, las garantías de los convenios eclesiásticos en el Art. 8 de la Constitución de Baden Württemberg o la garantía de *status quo* en el Art. 7, Inc. 1 (las prestaciones a las iglesias quedan garantizadas); similar es el Art. 145, Inc. 1 de la Constitución de Baviera, el Art. 133, Inc. 1, párr. 2 de la Constitución de Baviera: “comunidades religiosas reconocidas”; ver también el Art. 37, Inc. 2, de la Constitución de Saar; el Art. 60, Inc. 2 de la Constitución de Hessen: garantías de *status quo* para las facultades teológicas de las universidades. También se encuentran referencias a “prácticas diferentes” (Art. 10 de la Constitución de Baden Württemberg). En todos los sitios en que se hallan referencias a *valores culturales cristianos* aparece más o menos claramente el aspecto de la recepción, comp. Art. 3, Inc. 1, párr. 3, de la Constitución de Baden Württemberg: “tradición cristiana”; Art. 16, Inc. 1 de la Constitución de Baden Württemberg: “valores cristianos y occidentales en la formación y la cultura”. Ver también BVerfGE 41, 29 (52). También las garantías de los feriados se encuentran bajo la influencia de la tradición, comp. Art. 147 de la Constitución de Baviera: “Los domingos y los feriados oficialmente reconocidos quedan legalmente protegidos como días de introspección espiritual y descanso laboral”, de la misma manera ver Art. 53 de la Constitución de Hessen. Significativo es el Art. 3, Inc. 1, párr. 2, de la Constitución de Baden Württemberg: “De este modo debe salvaguardarse la tradición cristiana”. Ocasionalmente se extienden las garantías de *status quo*, por ejemplo, Art. 6, Inc. 3 de la Constitución de Nordrhein Westfalen: “La participación de las iglesias y comunidades religiosas, así como también (!) de las asociaciones de beneficencia..., debe garantizarse y promoverse”. Pero el 1° de mayo ha sido alguna vez un feriado “revolucionario” ganado a través de duras luchas. La *conservación de monumentos históricos* y la *protección del paisaje* son otros rubros que se encuentran regulados desde un punto de vista tradicional y de recepción, comp., por ejemplo, el Art. 141 de la Constitución de Baviera; el Art. 62 de la Constitución de Hessen. Las Constituciones de los Länder alemanes son citados según C. Pestalozza (ed.), 2ª edición, 1981.

¹⁴ Y en su contexto histórico también el derecho de responsabilidad del Estado, cf. con el trabajo reciente de P. Badura, en: NJW 1981, p. 1337 (1339 ss.).

¹⁵ De esta manera pueden perder relevancia en el texto constitucional importantes instituciones, ¡hasta pueden desaparecer! Un ejemplo es el principio del carácter público de la jurisprudencia. En el Art. X §178 de la Constitución de la Iglesia de San Pablo aún se puede leer: “El proceso judicial debe ser público y oral”. En la Ley Fundamental falta una norma de este tipo (sin embargo, véase el Art. 90 de la Constitución de Baviera: ¡establece por principio procesos judiciales públicos!). Su contenido debe contemplarse, sin embargo, en el Art. 92 de la Ley Fundamental (algo similar vale para la autonomía municipal programada en el Art. XI §184 *ibid.* y en el Art. 28, párr. 2, de la Ley Fundamental). En el Art. 109 WRV debía decir además en el párr. 3: “Los privilegios o desventajas jurídico-públicas de nacimiento o de posición social deben abolirse; las denominaciones de los nobles sólo valen como parte del nombre...”. En el Art. 3 de la ley Fundamental esto se ha presupuesto en forma inmanente. Muchos de los principios mencionados aún individualmente en el Art. 129 WRV forman parte ahora de los “principios tradicionales del servicio público de carrera”, según el Art. 33, párr. 5 de la Ley Fundamental. Considerado de esa manera, las constituciones crean de diversas formas una continuidad de la recepción explícita o tácita.

¹⁶ Ver también Ch. Starck, VVDStRL 34 (1976), p. 43 (72); P. Häberle, Zeit und Verfassung (1974), ahora en: Verfassung als öffentlicher Prozess, 1978, p. 59 (76 ss.).

un “cuadro de conjunto previo al Derecho constitucional” (*H. Nawiasky*)¹⁷ para su conexión con el pasado¹⁸. A causa de la naturaleza de nuestro tema de estudio deben considerarse especialmente aquellos principios constitucionales que refieren de manera intensiva a profundas dimensiones de la cultura constitucional. Nos referimos a normas que se remiten a aspectos de la “*herencia cultural*”, plasmadas principalmente en los preámbulos¹⁹, pero también en otros textos jurídicos²⁰.

b. Textos clásicos y metas educativas

Los textos clásicos y las metas educativas son “canales de transmisión” culturales similarmente efectivos para la tradición.

Textos clásicos como los de *Locke* y *Montesquieu*²¹ impulsaron la conformación del Estado constitucional y lo perfeccionaron. Lo que en tiempos de *Tomás Moro* y aún después había sido una “utopía” es hoy en día el ejercicio cotidiano de las conquistas del Estado constitucional: pensemos en elementos del Estado de derecho, la limitación de la fuerza pública a través del derecho a la resistencia como *ultima ratio*. En la historia (constitucional) reciente, estos textos clásicos se constituyen siempre de nuevo en objetos de legitimación y de desafío para el Estado

¹⁷ H. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 2da. edición, 1984, p. 130 ss.; ver también BVerfGE 56, 22 (28): “Visión general del derecho procesal preconstitucional”

¹⁸ No se deben realizar interpretaciones a-temporales para evitar la formación de “fósiles constitucionales”; cf. críticamente W. R. Schenke, AöR 103 (1978), p. 566 (584). Ejemplos de los peligros de estas “petrificaciones” se encuentran fácilmente a partir del análisis de los “principios tradicionales del servicio público de carrera” (Art. 33, Inc. 5 GG). Las recepciones de los textos (jurídicos) hallados no son exclusivamente una recepción “pasiva”. Los textos incorporados alcanzan en sus nuevos con-textos nuevas dimensiones y contenidos correspondientemente transformados. En sentido inverso, modifican a su vez a estos con-textos. De esta manera, también en este caso tiene lugar una interacción entre recepción (cultural) y producción.

¹⁹ Cf. Con el Preámbulo de la Constitución de Hamburgo: “Como ciudad portuaria cosmopolita se le adjudica una misión condicionada por su historia y su ubicación...”. Preámbulo de la Constitución de Baviera: “Más de mil años de historia”. Quizás la más amplia descripción de la herencia cultural –superadora de lo exclusivamente jurídico– sea la que se encuentra en el Preámbulo de MRK del año 1950: “... decididos, como gobiernos de Estados Europeos que comparten un mismo espíritu y poseen una herencia compartida de bienes espirituales, tradiciones políticas, preservación de la libertad y vigencia de las leyes...”. Los preámbulos demuestran ser, además, aquellas partes constitutivas de los textos jurídicos que le otorgan mayor espacio a lo cultural en sentido amplio y que constituyen los puentes entre éste y el texto jurídico más formal. Ya la Constitución del Consejo Europeo del 5/5/1949 establecía puentes entre lo espiritual y los principios jurídicos en su preámbulo: “...en inquebrantable unión entre lo espiritual y los valores, que son la herencia común de sus pueblos y la base de la libertad personal, la libertad política y el dominio del derecho, principios en los que se fundamenta toda democracia real”. La *Carta Social Europea* (CSE) de 1961 invoca ya en su preámbulo los ideales y fundamentos que constituyen la “herencia común” de los integrantes del Consejo Europeo; el mismo también promueve el “desarrollo de los derechos humanos y de las libertades básicas”. Para información general ver: P. Häberle: *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, FS Broermann, en prep.

²⁰ Cf. Art. 1 del *Convenio Cultural Europeo* del 19/12/1954 (citado en F. Berber, *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, tomo 1, 1967): “Cada parte del convenio tomará medidas adecuadas para la preservación y el fortalecimiento de su contribución a la herencia cultural común de Europa”. Ver también Art. 5 *ibid.*: “Como parte constituyente de la herencia cultural común de Europa”. Todas estas formas de recepción son una parte de la legitimación del presente a partir de la tradición.

²¹ Detalles con respecto a lo siguiente en: P. Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981, p. 11 ss. 35, 47 ss. De la literatura ver también T. S. Eliot: *Was ist ein Klassiker?* (1944), 1963.

constitucional. No solamente los “*Federalist Papers*” de 1788 para los EE.UU., sino también viejos y nuevos textos (desde *Sófocles* hasta *Brecht*) referidos a la dignidad humana²², almacenan conocimientos culturales y experiencias que sobreviven al constitucionalista “positivo”. Los analistas constitucionales del futuro podrán reinterpretar los textos viejos, ¡pero no los deberán archivar! A modo de ejemplo, quiero recordar cómo una y otra vez se contraponen las ideas de *Montesquieu* y *Rousseau* para facilitar la comprensión de lo que es la democracia en la Ley Fundamental²³.

En conclusión, las metas educativas explícitas, así como aquellas generadas a partir de la interpretación, transmiten *bienes culturales* (según artículo 131, inciso 2; 136, inciso 2 de la Constitución de Baviera, por ejemplo, tolerancia, dignidad humana, reconciliación de los pueblos, etc.) y expresan en parte la “herencia cultural”²⁴. En este sentido, cumplen la función de instrumento para la estabilización de lo previamente hallado y, al mismo tiempo, se orientan hacia el futuro: *fundamentan* la sociedad abierta desde *lo cultural* y más allá de lo jurídico, asegurando así el Estado constitucional para las futuras generaciones. Con la *recepción* también se puede recibir el cambio: de esta manera, después de los diferentes pasos de superación del pasado, se consideran el presente y el futuro.

B. La interpretación del factor tiempo en el presente y el futuro

Los métodos e instrumentos para la interpretación jurídico-constitucional del factor tiempo con vistas al *presente*²⁵ y al *futuro* son variados; una interpretación constitucional más “dinámica”²⁶ adquiere una importancia primordial. Clasificándolos según el grado de formalización, se obtiene el siguiente cuadro:

a. Cláusulas de futuro y progreso

Una forma especial de reivindicación de los textos constitucionales del *futuro* se encuentra en diversas variantes: en la fijación absoluta, “eterna”, de determinados principios –similar al artículo 79, inciso 3 Ley

²² Al respecto, ver mi conferencia sobre dignidad humana brindada como profesor invitado en Atenas y publicada en: *Rechtstheorie* 11 (1980), p. 389 (420 s., 423 s.).

²³ Por ejemplo, con relación a los Art. 38 a 21 de la GG

²⁴ Detalles en: P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979, p. 29 ss.; *ibid.* en: FS Hans Huber, 1981; p. 211 ss.; *ibid.* en: RdJB 28 (1980), p. 368 ss.

²⁵ No olvidemos que el factor tiempo también remite al *presente*. En el Derecho constitucional esto se denomina “validez”, afirmación y aceptación de parte de los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, capacidad de imposición y presencia en la conciencia de la comunidad jurídica. A pesar de ello, el “presente” podría ser más bien un tema de gestión, ver P. Kirchhof, *Verwalten und Zeit*. Acerca de una gestión referida al presente, en plazos temporales adecuados y no anacrónicos, 1975, en especial p. 2 ss., con referencia a G. Husserl, *Recht und Zeit*, 1955, p. 42 ss., 52 ss.

²⁶ Cf. con un enfoque de orientación más “estática”: W. Leisner, en: *Der Staat* 7 (1968), p. 137 ss.

Fundamental²⁷–; en la formulación de una “pretensión de validez²⁸ para siempre vigente”; o en la negación permanente de situaciones legales antiguas especialmente reprobables, como la servidumbre y el título²⁹. La profunda superación del pasado se convierte aquí en grandes pretensiones para el futuro. Otra tematización del futuro se halla en constituciones que hablan explícitamente de un “futuro prometedor”³⁰ y que se dirigen a las futuras generaciones alemanas³¹, que exigen a la República el estímulo al desarrollo cultural³² o que invocan el “progreso”: en cláusulas, que se expresan en la garantía del feriado del 1º de mayo como manifestaciones a favor del progreso (artículo 32 de la Constitución de Hessen, 1946) o en un sentido aún más amplio³³. Los *dos aspectos* de una cultura, el tradicional como el prospectivo, se expresan aquí claramente³⁴.

b. Cambios constitucionales en virtud de la interpretación constitucional De manera relativamente disimulada y sin formalización alguna tiene lugar *la transformación de la Constitución*³⁵ en virtud de la *interpretación*, es decir, sin modificaciones explícitas del texto. Sólo por medio de la interpretación, ya sea a través de los tribunales, de las acciones del Estado, de la opinión pública y la ciencia, o de la interrelación de todo en su conjunto, se alcanza una comprensión nueva o diferente de la norma constitucional. La propiedad, por ejemplo también la del BGB de 1900, se ve expuesta así a un profundo cambio³⁶. Esto comprende procesos de crecimiento que con enormes resultados influenciaron principios

²⁷ Cf. Art. 16 Decl. 1789; Art. 110, Inc. 1 de la Constitución de Grecia (1975); Art. 130 de la Constitución de Bélgica; Art. 9 de la Constitución de Turquía (1961); Art. 89, Inc. 5 de la Constitución de Francia (1958); Art. 75, Inc. 1, párr. 2 de la Constitución de Baviera (1946).

²⁸ Es el caso del Art. 25, Inc. 2 de la Constitución de Grecia (1975): “derechos humanos sempiternos”.

²⁹ “La servidumbre quedará suspendida por siempre”: § 25 de la Constitución de Baden Württemberg (1819); similar es el Art. IX §166 de la Constitución de la Iglesia de San Pablo; Art. II § 137 *ibid.*: “Todos los títulos... quedarán suspendidos y no podrán ser introducidos nunca más”. Art. 186, Inc. 1 de la Constitución de Baviera (1946): “La Constitución de Baviera del 14 de agosto de 1919 es (!) abolida”.

³⁰ Preámbulo de la Constitución de Hessen (1831); ver también el “futuro” en el preámbulo de la Constitución de Hessen (1946).

³¹ Como la orientación generacional del preámbulo de la Constitución de Baviera (1946).

³² Art. 9, Inc. 1 de la Constitución de Italia (1947).

³³ Preámbulo de la Constitución de España (1978): “Fomentar el desarrollo de la economía y la cultura”. Ver también Art. 41, Inc. 2 de la Constitución de Turquía. Referencias a *futuras* constituciones son casos especiales: Art. 152 Bremen; 153, Inc. 2, Hessen; 141 Rheinland Pfalz.

³⁴ Significativo es el Art. 9 de la Constitución de Italia: La República fomenta el desarrollo cultural (Inc. 1), protege el paisaje y la herencia histórica y artística de la Nación (Inc. 2). Los textos son citados según P. C. Mayer Tasch, *Die Verfassungen der nichtkommunistischen Staaten Europas*, 2ª edición 1975, según E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, tomo 1, 1961, y también según C. Pestalozza (ed.), *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 2ª edición 1981.

³⁵ El autor utiliza aquí el término “transformación de la Constitución” aunque, según su punto de vista, este término en realidad debería ser “descartado”: Cf. P. Häberle, *Zeit und Verfassung* (1974), en: *ibid.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 59 (82 ss.). De la literatura referente al tema, véase P. Lerche, en: *Festgabe für Maunz*, 1971, p. 285 ss.; K. Hesse, en: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 ss.; W. R. Schenke, en: *AöR* 103 (1978), p. 566 (585 ss.).

³⁶ Por último: T. Maunz, en: *BayVBl.* 1981, p. 311 ss. Sobre los problemas de la dimensión micro trabaja también C. Timm, *Eigentumsgarantie und Zeitablauf*, 1977.

constitucionales. Por ello, ya tienen muy poco en común la idea de Estado social de 1981 con, por ejemplo, la interpretación de la Ley Fundamental de 1949. También los siempre actuales³⁷ logros jurídicos que el BVerfG de 1960 obtuvo en la sentencia con respecto a la televisión, con referencia al artículo 5 de la Ley Fundamental³⁸, brindan un ejemplo de transformación a partir de la interpretación³⁹. Los límites –como el límite del texto– son ampliamente discutidos⁴⁰ pero difíciles de establecer.

La *interpretación constitucional* es, según el método, en sí misma tanto retrospectiva⁴¹ como prospectiva. ¡Los distintos métodos de interpretación no “organizan” otra cosa que el tiempo! La interpretación histórica analiza el momento de la creación, la interpretación objetiva analiza el presente y la prognóstica, el futuro. Quizás sea la imprevisibilidad general de los períodos temporales la razón por la cual hasta el momento ningún estudio metodológico haya podido atribuir la debida importancia a cada uno de los métodos de interpretación. Probablemente sea su relación mutua una función del tiempo, o sea flexible. Lo que “en general” significan las cláusulas de recepción, por un lado, y las modificaciones constitucionales, por el otro –ya que transmiten la herencia y se dirigen al futuro–, es organizado por los métodos de interpretación “en particular”. Por supuesto, la interpretación constitucional difícilmente se ocupe *sólo* de la herencia o *sólo* del futuro. La relación mixta de los momentos tradicionales, actuales y futuros debería ser a su vez variable. La interpretación constitucional –comprendida “creativamente” como expresión de la (*public*) *law in action* en el sentido de Esser⁴²– se encuentra “tensada” de esta manera en el tiempo.

Si el BVerfG da lugar de manera jurídicamente funcional a las *decisiones de prognosis* de otras instancias estatales, en especial las del legislador⁴³, es esta una forma de superación interpretativa del tiempo: una porción de futuro ya es tenida en cuenta ahora. Sin duda cada función estatal posee

³⁷ Cf. ahora nuevamente la decisión del BVerfG con relación a la ley de radio y televisión privada (BVerfGE 57, 295).

³⁸ BVerfGE 12, 205.

³⁹ La literatura jurídica acerca de la transformación es casi inabarcable, cf., por ejemplo, J. Harenburg/A. Podlech/B. Schlink (ed.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung*, 1980; W. Finkentscher/H. Franke/O. Köhler (ed.) *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, 1980; U. Immenga (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft*, 1980; cf. también el Dictum de T. W. Adorno: “En la cumbre de la ola de lo nuevo es donde se refugia lo antiguo, pero en su ruptura, no en su continuidad”.

⁴⁰ Comp. K. Hesse, en: FS U. Scheuner, 1973, p. 123 (136 ss.).

⁴¹ El BVerfG es en este sentido un “órgano de recepción” junto al que se encuentran quienes participan de la interpretación constitucional.

⁴² J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, ha expresado de manera clásica la interpretación jurídica como suceso en el tiempo.

⁴³ Ver F. Ossenbühl, en: *Festgabe 25 Jahre BVerfG*, tomo 1, 1976, p. 458 ss. Ver, por ejemplo, BVerfGE 50, 290 (331 ss.); 56, 54 (78 y s).

una porción de la competencia prognóstica. En la democracia le corresponde al legislador parlamentario el “primer paso”, pero no el monopolio. Finalmente podemos mencionar –estrechamente vinculado con lo anterior– la *interpretación organizada por resultados* como tributo al tiempo. Las modificaciones de la jurisprudencia son, asimismo, expresiones de la dimensión micro del “tiempo en el Derecho constitucional” y también lo es la retroactividad de las leyes.

c. Votos en disidencia

El *voto en disidencia* (*Sondervotum*) emitido por jueces constitucionales que realizan interpretaciones alternativas puede constituirse en una forma especial de anunciación y de promoción, hasta de aceleración de la “reforma constitucional”. En especial, la historia de la jurisdicción constitucional en los EE.UU. ofrece ejemplos asombrosos⁴⁴, como en lo relativo a la legislación del New Deal de *Roosevelt*. También en nuestro caso ya se pueden hallar indicios de los efectos de la “jurisprudencia alternativa” a partir de votos en disidencia sobre el desarrollo de las sentencias del BVerfG⁴⁵.

Considerado en el tiempo, existen dos tipos de *votos en disidencia*: los *retrospectivos* y los *prospectivos*. Los votos en disidencia prospectivos son, en general, más espectaculares, porque les pertenece el futuro o, al menos, pareciera pertenecerles: a través de nuevas interpretaciones se distancian de lo sucedido, de lo hasta el momento reinante y, a partir de nuevos descubrimientos, ponen “productivamente” en cuestión el consenso establecido en el presente. Un ejemplo es el voto en disidencia de *Rupp von Brünneck* en lo relativo a las características del carácter de propiedad de la prestaciones sociales⁴⁶, que ahora fue adoptado en su conjunto por el BVerfG para el derecho jubilatorio⁴⁷; recientemente también el voto en disidencia de *Simon/Heußner* en lo concerniente al caso Mühlheim-Kärlich, que toma nuevas orientaciones surgidas en el ámbito científico y repiensa consecuentemente la cuestión del voto mayoritario⁴⁸.

⁴⁴ Ver W. Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972 (compárese también mi comentario en: BVDI. 1973, p. 388 ss.).

⁴⁵ Pruebas de ello s.: P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 24 ss.; una lista de los votos en disidencia se hallará en: B. Zierlein, en: DÖV 1981, p. 83 (94 ss.).

⁴⁶ BVerfGE 32, 129 (141 ss.).

⁴⁷ BVerfGE 53, 257 (289 ss.).

⁴⁸ BVerfGE 53, 30 y 69; pero también K. Redeker, en: NJW 1980, p. 1593 ss. Como otro ejemplo “prospectivo” puede mencionarse el voto en disidencia de dos jueces del BayVfGH en cuanto a la aplicación del Art. 141, Inc. 3 p. 1 (acceso libre a las bellezas naturales) también para jinetes (BayVfGHE 28 (1975), 107, 135). Aunque la argumentación de este voto en disidencia pareciera ser retrospectiva en la primera parte –se remite a la voluntad del legislador constitucional y la jurisprudencia–, cobra mayor importancia la posterior argumentación que contempla desarrollos futuros y novedosos. Justamente por el gran incremento en la cantidad de jinetes se torna una medida con vistas al futuro el hecho de tomar en consideración los prejuicios hacia ellos expresados en el interés de terceros y el punto de vista de la tolerancia

El voto en disidencia de *Erwin Stein* en el caso *Mefisto*⁴⁹ podría en este sentido convertirse en un voto en disidencia “prospectivo” y “productivo”, especialmente a partir de la reedición del libro de *Klaus Mann* en la Alemania de nuestros tiempos. El derecho personal de *G. Gründgens* pierde transcendencia, ya sea por anacrónico o como corrección de la opinión de la mayoría del Senado. El límite entre lo legal y lo ilegal puede variar justamente a causa de la aparición de un voto en disidencia⁵⁰. La fuerza normativa de los votos en disidencia y su rol como “jurisprudencia alternativa” son especialmente visibles en este ejemplo, así como también lo es el proceso de producción y recepción que supera el aspecto puramente jurídico: la vitalidad de los procesos culturales se torna efectiva. Los *votos en disidencia retrospectivos* expresan una opinión, justificación o resultado que ha sido sobrepasado, o mejor dicho “superado” (“overruled”) por los más “modernos” de la mayoría. Simplificando: el punto de vista “conservador” ha quedado reducido a la minoría⁵¹. Visto en contexto, es posible que a lo largo del tiempo los votos en disidencia representen una direccionalidad (marginal) muy específica, que corresponde a una parte del espectro total de la República y de la sociedad abierta de sus intérpretes constitucionales. Detrás de la continuidad personal se torna visible la continuidad de la causa, más allá de los senados individuales. De esta manera, los votos en disidencia pueden, en pocos años, sustentar *tradiciones* y en un futuro ganar la mayoría a su favor o, por el contrario, no lograr el consenso ni a largo plazo y convertirse en nota a pie de página de la historia de la jurisprudencia.

d. Legislación (mandatos legislativos)

La tarea del legislador puede comprenderse como un permanente análisis del cambio social en el tiempo y nos brinda una gran cantidad de procedimientos y técnicas especializadas. En los inicios de la Ley Fundamental se trataba de “hacer realidad” los mandatos constitucionales abiertos (u ocultos), como por ejemplo, la igualdad de derechos de ambos sexos (artículo 3, inciso 2 GG), de los niños concebidos fuera del

social, para no incluir a los jinetes en el ámbito de aplicación del Art. 141, Inc. 3 p. 1 BV (diferente es la opinión de la mayoría en: BayVfGHE 28 (1975), 107, también en: E 30 (1977), 152).

⁴⁹ BVerfGE 30, 173, SV 200.

⁵⁰ El voto en disidencia de *Erwin Stein* debe haberse interpretado más bien como palabra de aliento por aquellos que creían poder asumir la responsabilidad de una reedición de la novela de *Klaus Mann* en la República Federal de Alemania, cf. B. Spangenberg, Prefacio para: K. Mann, *Mefisto*, 1980, p. II, IV; M. Reich-Raniki, FAZ del 18/12/1980, p. 23; B. Spangenberg, *Karriere eines Romans*, 1981.

⁵¹ Sería interesante revisar, si en la relativamente joven historia del voto en disidencia en el BVerfG ya existen ejemplos para ello (probablemente sean más productivos los EE.UU.). Una justificación más bien retrospectiva (para “bienestar de la mayoría”, “interés público”, etc.) puede leerse en: SV Böhmer (NJW 1981, p. 1258 ss.) con relación a la cuestión de los teleféricos; cf. también el voto en disidencia de *Schlabrendorff*, BVerfGE 33, 35 ss. También debería investigarse si y cómo se podría reconocer el momento prospectivo y el retrospectivo en los métodos de interpretación de cada uno de los votos en disidencia.

matrimonio (artículo 6, inciso 5 GG) o también, de la democracia en el interior de los partidos (artículo 21, inciso 3 GG)⁵² (cf. también artículo 95, inciso 3; 117, inciso 2 GG); hoy en día son habitualmente *mandatos del Tribunal Constitucional Federal* logrados a partir de la interpretación los que obligan al Poder Legislativo a llegar, en el futuro, a conclusiones (más) acordes al texto constitucional⁵³; ya sea el caso de una normativa declarada como “aún no” (pero pronto) contraria al texto constitucional –como en la reforma de la pensión por viudez, que debe ser efectuada antes de 1984⁵⁴–, ya sea que una normativa se declare como desfavorable, pero que al legislador se le otorgue un tiempo considerable para su reforma⁵⁵. El debate acerca de los mandatos constitucionales⁵⁶, o sea, la interpretación de la Ley Fundamental y de sus principios básicos como “mandatos constitucionales”, es una tematización del tiempo más o menos consciente que se introduce en los nuevos desarrollos. La teoría del Derecho político de Weimar –como era característico– había dejado en suspenso los mandatos legislativos ante la alternativa declaración programática o Derecho actual⁵⁷.

También, sin este tipo de mandatos, el Poder Legislativo concretiza a través de la *legislación simple* en forma constante y siempre novedosa las libertades fundamentales y los principios de Derecho de la Ley Fundamental⁵⁸, y con acentos político-jurídicos cambiados actúa “desde abajo” sobre la Constitución como proceso abierto. Aquí se enfrenta también al cúmulo de problemas de la dimensión micro del “tiempo en el Derecho constitucional”⁵⁹: desde los plazos en el proceso legislativo relativo a interrogantes acerca del inicio de la vigencia o la duración de

⁵² Pero compárese también A. Arndt, *Das nicht erfüllte Grundgesetz*, 1960, ahora en: *ibid.*, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, p. 141 ss.

⁵³ Cf. también C. Pestalozza, en: *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 1976, tomo I, p. 519 (540 ss., 558 ss.).

⁵⁴ Cf. BVerfGE 39, 169 (194 ss.).

⁵⁵ EL Tribunal Constitucional Federal austriaco compromete al legislador en ocasiones y según su disponibilidad temporal a una reforma legislativa gradual.

⁵⁶ P. Lerche, en: AöR 90 (1965), p. 341 ss.; E. Wienholtz, *Normative Verfassung und Gesetzgebung*, 1968, *ibid.* p. 3 ss. De la jurisprudencia del BVerfG. Existen materias, que a lo largo del tiempo siempre han constituido una tarea para el futuro (durante mucho tiempo fue ésta la situación en la que se encontraba la equiparación del hijo ilegítimo en mandatos constitucionales, como en el Art. 121 WRV, y 6, Inc. 5 GG). El Estado constitucional muchas veces precisa el trabajo y el compromiso de muchas generaciones. La protección de los monumentos y de la naturaleza son una tarea vigente desde hace ya mucho tiempo, respaldada en la tradición, pero expuesta a una intensificación en el futuro.

⁵⁷ Para ello ver E. Wienholtz, *ibid.*, p. 14 ss. El Art. 29 GG, antes un mandato constitucional, ha sido rebajado por la modificación de la Constitución (1975) a una simple norma de competencia. De manera inversa, también pueden transformarse las simples normas de competencia en mandatos constitucionales. El Art. 3 de la Constitución de Baviera debe comprenderse como una norma verdadera y teórica, que va adquiriendo la dimensión de un mandato constitucional.

⁵⁸ Cf. P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1ª edición 1962, p. 219 ss.; W. R. Schenke, en: AöR 103 (1981), p. 566 (586).

⁵⁹ Cf. M. Kloepper, en: *Der Staat* 13 (1974), p. 457 ss.

la vigencia de una normativa (como uno de los factores de igualación más importantes⁶⁰), de los plazos límites o del Derecho transitorio, hasta la retroactividad de las leyes, también de las remisiones “dinámicas”⁶¹. Figuras constitucionales dogmáticas como la protección de la confianza y la lealtad al Estado, también la figura de la protección dinámica del Derecho Fundamental⁶², ocultan problemas (también) de justicia temporal⁶³.

e. Efecto anticipado de las leyes

Solo de manera muy breve serán mencionadas dos formas de incorporación del tiempo en el desarrollo constitucional que han adquirido mayor importancia hace muy poco: en primer lugar, el *efecto anticipado de leyes y contratos*⁶⁴. El efecto anticipado de leyes formalmente aún no vigentes es tan demostrable como diferenciadamente admisible. En el ámbito internacional, llama la atención el efecto anticipado del contrato SALT II: los EE.UU. y la URSS se atienen aún hoy (más precisamente: mayo 1981) silenciosamente a la letra del contrato. Los efectos anticipados no son otra cosa que la aceleración del factor tiempo.

f. Cláusulas de experimentación y de experiencia

Finalmente, consideraremos las cláusulas jurídicas de experimentación y de experiencia. Éstas aparecen especialmente en tiempos de reformas y demuestran ser una puesta a prueba de una temporalmente acotada y

⁶⁰ G. Dürig, en: FS Tübinger Juristenfakultät, 1977, p. 21 (29); véase también G. Dürig en: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, Kommentar, 5ª edición 1980, Art. 3, Inc. 1 GG/Rdn. 194 ss. Comp. como ejemplo actual BVerfG JZ 1981, p. 60: El legislador debe reglamentar nuevamente las regulaciones legales que el BVerfG ha declarado como incompatibles con el Art. 3, Inc. 1 GG de manera tal que también apelen al pasado.

⁶¹ La problemática del tiempo también se encuentra en la técnica judicial de la *remisión* en las leyes, o sea de la referencia a otras reglamentaciones (“objetos de remisión”), por ejemplo, otras normas, prescripciones administrativas, normas DIN, reglamentaciones de asociaciones privadas, mientras se trate de remisiones “dinámicas” (o “anticipatorias”) (terminología: F. Ossenbühl, en: DVBl. 1967, p. 401). Éstas no se refieren, a diferencia de las remisiones “estáticas”, a la versión vigente en el momento de la aprobación de la norma de remisión, sino a la versión correspondiente de los objetos de remisión. Como éstas son actualizadas con mayor frecuencia y más fácilmente que las leyes, estas últimas se vuelven más “abiertas con el tiempo” por medio de las remisiones dinámicas. El nuevo estado de desarrollo en cada caso se introduce en la ley. Se mantiene de este modo dinámica, pero, por otro lado, también más dependiente del objeto de remisión y sus creadores. La técnica de la remisión enfrenta por eso también reparos de Derecho constitucional (cf. al respecto BVerfGE 47, 285 (311 ss.); 26, 338 (366 s.) con otras referencias; VG Hamburg, NJW 1979, p. 667 ss.; F. Ossenbühl, en la ref. indicada; H.-U. Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1979, p. 101 ss.; *id.*, en: J. Rüdiger (ed.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, p. 221 (232 ss.); J.-F. Staats, en: J. Rüdiger (ed.), en la ref. indicada, p. 244 ss.; *id.*, en: ZRP 1978, p. 59 ss.; E. Baden, en: NJW 1979, p. 623 ss.; W.-R. Schenke, en: NJW 1980, p. 743 ss.). Menos problemáticas con respecto al Derecho constitucional son las posibilidades equivalentes funcionales (por ejemplo, cláusulas generales, prescindencia de determinaciones detalladas, poderes de disposición).

⁶² Cf. BVerfGE 49, 89 (137).

⁶³ Ver también la cláusula temporal en § 40 BVerfGG. La ausencia de una “cláusula de reincorporación” en el procedimiento para la proscripción de partidos políticos trae problemas importantes. Para ello consultar R. Schuster, en: ZRP 1968, p. 413 ss.; JZ 1968, p. 152 ss.

⁶⁴ En cuanto al efecto anticipado de las leyes, véase M. Klopfer, Vorwirkung von Gesetzen, 1974; P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 396 nota al pie 148, p. 486 ss.; *id.*, Zeit und Verfassung (1974), en: *id.*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 1978, p. 59 (83 ss.).

limitada anticipación del futuro. En los años 70 fueron tema de discusión central entre nosotros. Un ejemplo conocido es el § 5 b DRiG, la formación jurídica en una sola etapa, a la cual debo, por ejemplo, mi presencia en Baviera, en Bayreuth. No es posible discutir aquí una a una estas cláusulas⁶⁵ ya descubiertas por *Montesquieu*⁶⁶, pero pueden ser tomadas en cuenta como una forma de “puesta a prueba” de la anticipación del futuro. Hoy en día el interés de la evaluación de las leyes está puesto en la investigación de la implementación de leyes, por ejemplo, trata leyes enteras como si fueran un experimento, para poder preparar probablemente enmiendas de leyes perfeccionadoras (en especial en lo relativo al medio ambiente y al derecho de planificación)⁶⁷; la “legislación a término” se vuelve un tema de interés⁶⁸.

g. Reformas constitucionales

El clásico instituto para dar a lo nuevo formalmente y de manera inmediata cabida en el texto constitucional es la *reforma* constitucional, o sea, la modificación del texto constitucional a través de determinados procedimientos, en general, con la mayoría calificada como base del consenso (cf. artículo 79, inciso 2 GG). Todos los Estados constitucionales con cartas fundamentales conocen esta posibilidad de dar cuenta del paso del tiempo también en el texto, aunque las condiciones previas (como el tamaño de la mayoría) se diferencian de caso a caso.

Las reformas constitucionales pueden servir para la adaptación a desarrollos que fácticamente ya han tenido lugar; pero también pueden estimular (intencionalmente) estos desarrollos. La modificación a partir de la “adaptación” y de la “configuración” debe ser comprendida de manera diferenciada. La duración y la estabilidad de una Constitución parecieran hablar, en principio, *en contra* de una reforma constitucional, pero estas reformas justamente pueden *servir* también a la duración y a la estabilidad de un Estado cuando son “acordes a su tiempo”. Si esto es así, sólo puede establecerse caso por caso y según los ámbitos específicos de los que se trate⁶⁹.

⁶⁵ Cf. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro II, 2º capítulo (Reclam 1976, p. 109).

⁶⁶ Cf. Véase P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 85 ss.; véase también D. Pirson, en: FS Jahrreis, 1974, p. 181 ss. Con referencia a la legislación como experimento en el ámbito de “proyectos piloto”: W. Schmitt Glaeser, *Kabelkommunikation und Verfassung*, 1979, p. 205, 207 ss. Montesquieu, *id.* nota 65.

⁶⁷ Cf. R. Mayntz (ed.), *Implementation politischer Programme*, 1980; H. Wollmann (ed.), *Politik im Dickicht der Bürokratie*, 1980; E. Blankenberg/K. Lenk (ed.), con la colaboración de R. Rogowski, *Organisation und Recht*, 1980.

⁶⁸ W. Hugger, en: PVS 20 (1979), p. 202 ss.; véase también K. Eckel, en: ZfS 7 (1978), p. 39 ss.; K. Hopt, en: JZ 1972, p. 65 (70).

⁶⁹ Para más detalles ver P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 88 ss. Véase también la limitación temporal para las modificaciones de la Constitución en el Art.110, Inc.6 de la Constitución de Grecia (1975): Una reforma constitucional antes de haber transcurrido 5 años de la precedente, es

Esto vale especialmente para el conjunto de modificaciones constitucionales que deben conducir a la “*revisión total*” de la Constitución. La discusión alemana en, y acerca de, la Comisión “*Enquête*” del Parlamento alemán, evidentemente, ha demostrado ser inadecuada temporalmente⁷⁰: desde un punto de vista de política constitucional y científico puede decirse que se ha ido diluyendo. En comparación, la más productiva discusión suiza⁷¹ podría mostrarse más eficiente en el mediano y largo plazo.

Esta evaluación de la situación objetiva relativiza la división analítica entre las dimensiones macro y micro: ambos planos se encuentran relacionados en muchos aspectos. La sumatoria de pequeñas unidades temporales en los procedimientos específicos y los instrumentos de una Constitución conforman en última instancia una parte de la histórica dimensión macro del tiempo. La interpretación de la Constitución finalmente puede convertirse en una *reforma* de la Constitución, y ésta en una parte de *legislación* constitucional. En sentido inverso, también resulta válido decir que la dimensión macro “Constitución en el tiempo” influye en la dimensión micro “el tiempo en el Derecho constitucional”. Probablemente la transformación de la función del juez, especialmente del juez constitucional, es un cambio significativo: el reconocimiento de votos en disidencia y el efecto anticipado de las leyes, etc., contienen una relajación de la sujeción a la ley y, en este sentido, también a su duración relativa. La “emancipación” judicial de la ley, que se encuentra en la adquisición de funciones pretorianas, refleja una situación cambiada en el ámbito micro: también el juez, no sólo el legislador (re)acciona ante el cambio: ¡justicia hoy, aquí y ahora!

Incurtus I: “30 años de Ley Fundamental”

Por más que los diferentes momentos temporalmente abiertos de una Constitución parezcan independientes, pensados en espacios temporales más grandes, actúan conjuntamente. La cuestión “30 años de Ley Fundamental” –como sumatoria de las dimensiones micro y macro– exige, por un lado, rastrear los temas que con “el paso del tiempo” llevaron a que la Ley Fundamental de 1979 coincidiera sólo parcialmente con la Ley Fundamental de 1949. Yo lo denomino comprensión constitucional cambiada, estatalidad de la producción, derechos de participación

inadmisibles.

⁷⁰ Ver: Enquête-Kommission, Verfassungsreform, Schlußbericht 1976 (BT-Drs. 7/5924); además: R. Grawert, en: Der Staat 18 (1979), p. 229 ss.; R. Wahl, en: AöR 103 (1978), p. 477 ss.

⁷¹ Compárese con el diseño de una Constitución Federal Suiza (1977), publicada en: AöR 104 (1979), p. 475 ss.; además: P. Saladin, en: AöR 104 (1979), p. 145 ss.; así como también los trabajos en: ZSR N. F. 97 (1978), 1º parte del tomo I, p. 229 ss.; y por último, K. Eichenberger, en: ZaöRV 40 (1980), p. 477 ss.; G. Müller, en: Der Staat 20 (1981), p. 83 ss.

materiales y procesales, la construcción de un Estado social, pero también, las variadas modificaciones en la estructura del Estado Federal; no menos importante es la transformada auto comprensión de nuestra República en camino de un simple “Estado provisorio” a un “Estado pleno”, pero también, su integración en la Unión Europea⁷² y otras formas de cooperación internacional⁷³.

Si nos preguntamos también acerca de otras formas y procedimientos a través de los cuales la Ley Fundamental supo reaccionar ante las exigencias y necesidades del tiempo y acerca de los “(pro)motores” de este cambio, nos encontramos con *todos* los instrumentos y “órganos” para la interpretación del tiempo, o mejor dicho del cambio, arriba mencionados: un lugar central ocupa ya la (“simple”) *interpretación constitucional*, en especial la del BVerfG. Pensemos en la ampliación de los derechos fundamentales bajo las palabras claves: sentencia del caso Lüth, sentencia sobre las farmacias, sentencia sobre la televisión, finalmente, por ejemplo, la decisión sobre Mülheim-Kärlich conjuntamente con el voto en disidencia Simon/Heußner⁷⁴. La sentencia sobre la televisión con su postulado pluralista fue adoptada expresamente en Baviera a través de una *reforma* constitucional formal del artículo 111a (1973)⁷⁵. Mucho de aquello que el constitucionalista de 1949 había querido dejar sentado en la Ley Fundamental fue precisado y profundizado por los *intérpretes constitucionales* de los siguientes 30 años, pero en gran parte también modificado y transformado; es en este sentido que el análisis “histórico” pierde peso. En esta historia de la interpretación casi se torna posible vislumbrar cuestiones de legislación constitucional⁷⁶. Si tomamos las grandes sentencias “pretorianas” del BVerfG y el comentario de esta jurisprudencia a través de la ciencia, entonces reconocemos el profundo *cambio a través de la interpretación*, pero también los “protagonistas” de esta transformación: en especial el BVerfG, eventualmente preparado por los descubrimientos de maestros del Derecho público: “lealtad al Estado Federal” de *R. Smend*, “preformación de la voluntad política” de *U. Scheuner*, la “concordancia práctica” de *K. Hesse* o la “compensación considerada” de *P.*

⁷² Compárese también los votos de H. F. Zacher y P. Badura referentes a “30 años de Ley Fundamental en Alemania”, en: VVDStRL 38 (1980), p. 153 ss., también 156 ss.

⁷³ Sobre el “Estado constitucional cooperativo” consultar mi trabajo con el mismo título (Kooperativer Verfassungsstaat) en: FS Schelsky (1978), p. 141 ss.

⁷⁴ BVerfGE 7, 198; 7, 377, también 12, 205 y E 53, 30, también 69.

⁷⁵ En torno a estos dilemas: W. Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung, 1979, en especial p. 85 ss.

⁷⁶ Para ello ver mi clase impartida como profesor invitado en Berna “Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung” (1978), publicada en: P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess, 1978, p. 182 ss.

*Lerche*⁷⁷. Los alcances de los votos *en disidencia* en cuanto al anuncio de transformaciones venideras, es decir, las interpretaciones alternativas en la última década, no deben ser subestimadas.

De estos procesos también participa el (*simple*) legislador como precursor del cambio constitucional. Este es el caso en la interpretación de cláusulas de propiedad y del Estado social. Modificaciones de la idea de justicia, tangibles en la decisión conjunta en la empresa, la actualización del principio de igualdad, la igualdad de oportunidades en el ámbito de la formación (de “Honnef” sobre la Bafög [Ley Federal de promoción para la realización de estudios superiores]) y en el desarrollo del Derecho laboral y social, no dejan de tener efectos en el largo plazo para el estudio de la Constitución.

El cuadro se completa con la no justamente escasa cantidad de modificaciones constitucionales. Desde la primera, referente a la disminución de rango del artículo penal 143 de la Ley Fundamental acerca de la “alta traición” al plano del Derecho común del Código Penal Alemán (StGB), hasta la reciente ampliación de las competencias del Estado Federal (artículo 74, 4a GG), puede observarse cómo paso a paso las modificaciones formales de la Constitución en el plano del “tiempo en el Derecho constitucional” han conducido al perfeccionamiento y consolidación de la ya no “provisoria” Ley Fundamental y, de esta manera, a la “normalización” de la Constitución en el tiempo: la Constitución de las Fuerzas Armadas (1956), la Constitución del Estado de emergencia (1968) y la Constitución económica y financiera (1967/69) son “estaciones”.

Solamente abordaré el desarrollo de la *estatalidad del Estado Federal*: aquí se llevaron adelante relativamente muchas transformaciones y modificaciones constitucionales, tendencialmente el Estado Federal ha ganado cada vez más competencias⁷⁸. En tiempos de la euforia del “federalismo cooperativo” fue introducido en 1969 el nuevo inciso sobre los “deberes comunitarios” (artículo 91 a y b GG)⁷⁹ que, por supuesto, son especialmente cuestionados en la actualidad.

Si nos preguntamos por las fuerzas reales e ideales que se hallan detrás de las diferentes modificaciones (federales) de la Constitución,

⁷⁷ Cf. BVerfGE 12, 205 (254) y 8, 104 (113), también E 41, 29 (51) y 41, 88 (109).

⁷⁸ Por ejemplo, la responsabilidad legislativa en el caso del aseguramiento económico de los hospitales (Art. 74, Inc. 19 GG), ya desde 1959 la responsabilidad por la producción y el uso pacífico de la energía nuclear (Inc. 11a *ibid.*) por la recolección de los residuos, por el cuidado de la calidad del aire y la reducción del ruido (Art. 74, Inc. 24 GG) en el año 1972 y la responsabilidad por la educación superior (Art. 75 GG) en el año 1969.

⁷⁹ Con relación a esto, ver I. von Münch/J. A. Frowein, VVDStRL 31 (1973), p. 13 ss., 51 ss.; S. Marnitz, Die Gemeinschaftsaufgaben des Art. 91a GG als Versuch einer verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der bundesstaatlichen Kooperation, 1974.

nos encontramos con gran parte de las potencias que dieron forma a la Constitución y que también se encuentran presentes en las otras modalidades de cambio: partidos políticos (en jornadas partidarias y debates parlamentarios), praxis constitucional, profesores de Derecho público y expertos en informes y trabajos (en concreto el informe *Troeger* de 1966), las reuniones de profesores de Derecho público, tribunales, etc. Todos ellos participan de la transformación, son parte de estos procedimientos de adaptación y de resistencia, de producción y recepción. Por cierto, las tareas y especialidades, formas y procedimientos pueden ser mencionados, pero el último “*movens*” de la historia de la Constitución no se puede captar de esta manera. Para el futuro solamente es posible decir de manera muy general que la Ley Fundamental tendrá que hacer frente a nuevas necesidades, pero también, a una nueva abundancia⁸⁰; a la escasez de recursos (por ejemplo, energéticos y medioambientales) y a la búsqueda de caminos que posibiliten involucrar a la juventud en el Estado Constitucional a través de un Estado Cultural, para lo cual deben analizarse las transformaciones tecnológicas y las nuevas posibilidades brindadas por los medios.

Si y cómo puede darse esto a través de la *interpretación* constitucional, la “*transformación* constitucional” o la *modificación* constitucional, no lo podrá predecir nadie. Podría tratarse de procesos que no se vean impulsados solamente por causas económicas o políticas, que abarquen de manera amplia el desarrollo cultural.

El tiempo se hace presente justamente en estos procesos, *judicialmente* se vuelve tangible mucho después (de la interpretación constitucional transformada a la modificación constitucional formalizada). Desde lo socio-cultural es perceptible aún más tempranamente por sismógrafos como el arte y la literatura. La percepción *jurídica* de la transformación se da, en general, en la fase *final*. Desde el punto de vista de la teoría constitucional se debe prestar atención ahora a los procesos *culturales*, a sus manifestaciones y a sus poderes de formación.

⁸⁰ Para información general al respecto, ver H. F. Zacher, VVDStRL 38 (1980), p. 153 (155).

III. Tematización del tiempo desde un enfoque científico-cultural

1. La construcción de un puente hacia una compleja conceptualización cultural del tiempo – el tiempo como categoría cultural

A. Las Constituciones como garantes de continuidad y cambio

La evaluación de la situación ha demostrado cómo las Constituciones de los Estados constitucionales se desarrollan entre la tradición y el futuro e intentan demostrar su importancia; es en su conjunto una impactante historia del desarrollo⁸¹ en la que, sin embargo, algunos aspectos de la “herencia” cultural han sido descartados u olvidados. ¡La “Constitución en el tiempo”, apreciada en el contexto más amplio del desarrollo del Estado constitucional, no es un tiempo *sin* Constitución! Desde entonces no existe la posibilidad de reflexionar sobre el tiempo al margen de los elementos constitucionales, ni siquiera en vísperas de cambios constitucionales⁸². El factor tiempo influye especialmente en los cambios constitucionales, ya que se trata de la creación de una Constitución “nueva”. El tiempo nuevo comienza generalmente con la creación de una Constitución. En la medida en que se acercan la interpretación y la creación de una Constitución en el marco de los tipos constitucionales occidentales⁸³, se relativiza la significación de la creación de la Constitución y con ello el así llamado “nuevo comienzo”. Justamente el enfoque *constitucional cultural* construye puentes entre la vieja Constitución y la nueva, que la observación jurídica formal, tergiversada por el dogma de la soberanía del pueblo, no puede visualizar al fijarse exclusivamente en el acto pensado como un estallido creativo de una Constitución. Un ejemplo: muchos aspectos de la Constitución de Weimar ya no estaban vigentes antes de que los actos revolucionarios del régimen nacionalsocialista las derogaran formalmente. A la inversa, algunos principios constitucionales aún vigentes formalmente

⁸¹ El refinamiento de los instrumentos y procedimientos alcanzado en Alemania (por ejemplo, el voto en disidencia constitucional y el Art. 79, Inc. 3 GG) hasta permiten hablar de un “progreso” en el perfeccionamiento del Estado constitucional. Por supuesto que los instrumentos del Estado constitucional que permiten la inclusión de desarrollos novedosos no son *per se* instrumentos para el “progreso”. Las reformas no conducen necesariamente a un mejoramiento.

⁸² *Ex post* puede observarse que los desarrollos históricos tienen lugar de manera más bien continuada. Para el jurista constitucional, que acorde a la particularidad del Derecho debe aferrarse a lo externo, tangible, como por ejemplo, los plazos, resultan menos continuados: una reforma constitucional culmina a través de un particular procedimiento preestablecido en un “momento temporal” determinado; un voto en disidencia se objetiva –quizás tras una larga discusión previa en la ciencia y en la corte– de una vez. Se decide entonces una sola vez la reforma total de una Constitución como la suiza (o se la descarta).

⁸³ Véase P. Häberle, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung* (1978), en: *ibid.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 182 ss.; véase también *mi* comentario en: AöR 106 (1981), p. 149 ss.

han cambiado con mayor profundidad a lo largo del tiempo de lo que puede reconocerlo la simple apreciación jurídica formal, ya sea a través de profundas reformas constitucionales formales que desencadenan amplias repercusiones, o a través de la “transformación silenciosa” de la interpretación del mismo texto. Las profundas modificaciones de la Constitución de los EE.UU. a lo largo de 200 años de historia solamente pueden ser apreciadas desde un enfoque científico cultural.

En la actualidad, nuestra reflexión sobre el “tiempo” siempre tiene lugar en el contexto de Constituciones concretas que sirven de ejemplo para el establecimiento de una tipología: las Constituciones como reglamentos liberales del pluralismo intentan ser justas con el tiempo en un sentido *doble*: a través de la proposición de procedimientos que apacigüen y eviten los conflictos que traen consigo los *cambios* sociales, pero también a través de la creación de institutos que garanticen la *estabilidad* y aseguren la identidad del bien común individual y del comunitario político en los procesos de cambio⁸⁴. Las Constituciones crean y conservan una parte de la continuidad cultural⁸⁵. ¡Cuán profundamente se encuentra moldeada hace dos siglos, por ejemplo, nuestra conciencia acerca de la dignidad humana, la libertad (cultural), la tolerancia, la división de poderes, el pluralismo, etc.! Sin embargo, nuestra conciencia jurídica moderna, al mismo tiempo, también está impregnada de la idea de que el Derecho y la justicia pueden ser *transformados*, que la “reforma judicial” es indispensable para el Derecho, y hasta llegar a la consecuencia de una “reforma de las reformas”.

⁸⁴ Probablemente exista una relación óptima entre las partes “receptivas”, más bien orientadas al pasado, y las partes “prospectivas” orientadas al futuro de las Constituciones de los Estados constitucionales. Un exceso de “nuevos comienzos” podría tornar demasiado lábil la nueva reglamentación, un exceso de acciones receptivas de las fuerzas constitucionalistas (¿cómo en el GG?) podría exigir demasiado pronto reformas constitucionales u otros tipos de transformaciones. Un enfoque que, de ser posible, propone contemplar el desarrollo de las Constituciones en el tiempo, evitaría ambos extremos. Desde la perspectiva temporal podría recomendarse establecer una equilibrada “mezcla” entre simples normas de competencia, por un lado, y “urgentes” mandatos constitucionales, por el otro. Si se postulan demasiados –irrealizables– mandatos constitucionales, la Constitución pierde credibilidad, porque no podrá cumplir con todos simultáneamente. Si se reconocen solamente las competencias formales, el carácter de exigencia de las Constituciones se torna demasiado débil y difuso. Habría que construir una escala de técnicas de cómo el legislador constitucionalista incorpora el tiempo en la Constitución. Junto a la mencionada “gran” escala desde la modificación de la Constitución, pasando por el voto en disidencia hasta la transformación a partir de la interpretación, aparecería “en pequeña escala” otra diferenciación más: de la declaración programática y de la simple competencia formal (Art. 15 GG) a través de la competencia material (Art. 74, Inc. 16 GG) al mandato constitucional, por ejemplo, en el Art. 6, Inc. 5 GG.

⁸⁵ Un aspecto parcial puede encontrarse, por ejemplo, en la discusión acerca de la continuidad entre los historiadores: véase H. M. Baumgartner, *Kontinuität als Paradigma historischer Konstruktion*, en: *Philosophisches Jahrbuch* 1973, p. 254 ss.; fundamentalmente ahora: R. Kosseleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1979.

B. El tiempo como categoría cultural e interdisciplinaria

La categoría “tiempo”, tal como se la concibe en el Derecho constitucional, se refiere en primer lugar a la estructuración temporal de los actos cotidianos del ser humano (y de sus “puntos de vista” con componentes objetivos y subjetivos⁸⁶) y de su comunidad. Esta conciencia y comprensión del tiempo⁸⁷ como marca estructural de las reglamentaciones sociales y experiencias humanas no se encuentra junto a, sino *en relación* con la conceptualización del tiempo en las demás ciencias⁸⁸ y artes, porque todas⁸⁹ ellas son en última instancia expresiones de una época cultural. Con la misma certeza con la que se puede afirmar la “autonomía” del Derecho (y de las ciencias jurídicas) ante lo social (y las ciencias sociales)⁹⁰, es posible demostrar que el Derecho, en especial el Derecho constitucional, forma parte de la *cultura general* de una época, o sea, también de la *reflexión* sobre una época y el *actuar* en y a través de una

⁸⁶ El tiempo posee también en el plano constitucional componentes *objetivos* y *subjetivos*. Por un lado, se encuentran plazos establecidos por la objetividad del tiempo (como en el Art. 68, Inc. 2 GG), por el otro, regulaciones del tiempo que contienen elementos subjetivantes, o sea que reparan en las impresiones de los individuos. Un ejemplo para los componentes subjetivos es la expresión “de inmediato” –de frecuente aparición– (por ejemplo, en el Art. 63, Inc. 4 frase 1; Art. 76, Inc. 2 frase 3; Art. 115b¹, Inc. 2 frase 2; Art. 115 l, Inc. 2 frase 3 GG; Art. 101, Inc. 2 frase 2 de la Constitución de Hessen; Art. 21, Inc. 2 frase 1 Constitución de Niedersachsen; Art. 52, Inc. 3 frase 2 Constitución de Nordrhein-Westfalen). Claramente también se da lugar a percepciones subjetivas del tiempo si algo es “calificado de particularmente urgente” (Art. 76, Inc. 2 frase 3 GG) o es “considerado urgente”, mejor dicho “calificado” como tal (Art. 84, Inc. 5 frase 2; Art. 85, Inc. 3 frase 3; Art. 115d, Inc. 2 frase 1 GG), o cuando la situación “exige una actuación inmediata” (Art. 115^a, Inc. 2 frase 1; Art. 115i, Inc. 1 GG) o algo ya no puede ser realizado “a tiempo” (Art. 115, Inc. 2, Inc. 3, frase 2; Art. 115 e Inc. 1 GG). Formulaciones de este tipo son especialmente abundantes en las disposiciones del GG para el caso de defensa (Art. 115a ss.). El estado de excepción justifica la percepción más subjetiva del tiempo en aquellos procedimientos que en otra situación se encontrarían temporalmente prefiados, lo cual le permite ganar en flexibilidad y capacidad de reacción. También cuando el Derecho constitucional se refleja en el Derecho ordinario se debe, llegado el caso, reparar los momentos subjetivantes del tiempo, como por ejemplo, en el retorno a la situación anterior. Sin embargo, ante una recepción tardía a causa de una inusual duración del envío postal, el plazo se encuentra –objetivamente– vencido. Pero ante la pregunta acerca de la reconsideración, se hace uso de la percepción subjetiva del tiempo. Si el envío había sido realizado con suficiente antelación como para que, en condiciones normales de entrega, el mismo llegara a tiempo, no existirá razón para negar una reconsideración (BVerfGE 44, 302, 306; 50, 1, 3; Jurisprudencia constante).

*N.d.T.: aquí probablemente se trate del Art. 115d.

⁸⁷ Además del tiempo también es el “espacio” el que estructura la acción humana. Y quizás la teoría constitucional del tiempo y la del espacio, en última instancia, forman parte de lo mismo. Reflexiones acerca de una teoría constitucional del espacio en P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979, p. 38 ss.; véase también R. Wendorf, *Zeit und Kultur*, 1980, p. 660 ss.

⁸⁸ De la etnología: U. R. von Ehrenfels, *Zeitbegriff und Stufenfolge in völkerkundlicher Sicht*, *Studium generale* 19 (1966), p. 736 ss.; J. T. Fraser, *The interdisciplinary study of time*, *Studium generale* 19 (1966), p. 705 ss.; *idem* (ed.), *The study of time*, 1972; R. W. Meyer (ed.), *Das Zeitproblem im 20. Jahrhundert*, 1964; W. E. Moore, *Man time and society*, 1963; J. Piaget, *Die Bildung des Zeitbegriffs beim Kinde* (1955), 1974; M. Schöps, *Zeit und Gesellschaft*, 1980; H. Yaker (ed.), *The future of time, men's temporal environment*, 1971; J. A. Roth, *Time tables*, 1963.

⁸⁹ La capacidad de *creación* de las ciencias humanas no debería subestimarse. Éstas también influyen en la decisión de qué textos clásicos son transmitidos como tales, definen la “herencia cultural”, la cual no puede prescindir, por ejemplo, de *Montesquieu*. Las ciencias jurídicas trabajan aquí mano a mano con las ciencias políticas y las ciencias históricas. El redescubrimiento de *Tocqueville* también fue beneficioso para la comprensión del Estado constitucional como un logro europeo en común.

⁹⁰ Cf. K. Larenz, en: FS E. R. Huber, 1973, p. 291 ss.

época (y también de su “tempo”)⁹¹.

La conceptualización interdisciplinaria del tiempo que atraviesa las ciencias y las artes de una época ciertamente es *compleja*⁹² y encuentra sus límites en la relatividad de las particulares conceptualizaciones del tiempo y de los horizontes temporales, presentes en los diferentes campos y especialidades científicas. Asimismo, gracias a la correspondencia existente entre la cultura en las diferentes épocas temporales y una determinada percepción del tiempo⁹³, pueden identificarse aspectos de una concepción temporal *cultural* común y, más precisamente, *condicionada culturalmente*, que puede ser de ayuda para el Derecho constitucional⁹⁴. La conciencia de que las transformaciones tienen lugar cada vez con mayor velocidad, podría ser un aspecto común, que resulta válido tanto para las Constituciones y su cultura como para las demás ciencias sociales y las artes.

En sentido inverso, las ciencias sociales no deben interpretar⁹⁵ la

⁹¹ La vocación del jurista por una tarea específica, la separación de “la justicia de la injusticia” y “el orden del caos”, y una fuerte confrontación entre el proceso abierto de la vida política, social y cultural y un ámbito regulado jurídicamente, es decir, también la política y el Derecho (cf. W. Henke, en: *Der Staat* 19 [1980], p. 181, [190f. bergen]), un decisionismo encubierto. La renuncia a incluir desde un inicio, tanto en la interpretación de la Constitución como en el análisis teórico de las Constituciones, la vida constitucional como proceso real y propiamente cultural con sus variados impactos (efectivamente presentes) sobre el Derecho constitucional, conduce a un sesgado racionalismo positivista en lo jurídico. Éste no puede explicar la variedad de disputas en torno a la interpretación del Derecho constitucional presentes en la teoría y en la práctica, menos aún, tomar decisiones en base a parámetros superadores, sino solamente seleccionar entre lo “correcto” o “incorrecto”. Solamente la referencia a los reales trasfondos socioculturales de las divergencias en la interpretación puede elaborar parámetros más racionales para los conflictos en torno a decisiones jurídicas y profundizar de esta manera la discusión legal, sin delegar esto a la esfera política. En la medida en que los procesos socioculturales subyacentes y preexistentes al proceso de elaboración de las normativas legales a través de la interpretación de las normas, se vuelven más abundantes en el contenido de normativas jurídicas abiertas, posibilitan una interpretación constitucional profundizada gracias al enfoque científico cultural. Por supuesto, deben considerarse el texto como límite de la interpretación y la disciplina metódica, pero tanto el texto como la disciplina muchas veces son sobrevalorados (lo cual no es de ninguna manera una contradicción); por supuesto, es otra la opinión de B. Schlink, en: *Der Staat* 19 (1980), p. 73 (84), que entonces debe relativizarse por sí mismo (p. 91, cf. también 105): ninguna pretensión de claridad metodológica puede sobrepasar los límites de las ciencias jurídicas en tanto disciplina hermenéutica.

⁹² Cf. solamente N. Luhmann, en: W. Schluchter (Ed.), *Verhalten, Handeln und System*, 1980, p. 32 ss., aquí p. 56 ss.; ver tamb. *idem*, *Soziologische Aufklärung* 2, 1975, p. 103 ss.; cf. también la diferenciación de N. Elias entre dos conceptualizaciones del “tiempo”: el tiempo físico (“flujo continuo de acontecimientos sucesivos”) y el tiempo histórico y social de la utopía como “tiempo en proceso”, en el que se une el pasado a través del presente con el futuro (FAZ del 26/6/1981, p. 25, Coloquio sobre la utopía en Bielefeld).

⁹³ En este sentido: R. Wendorff, *Zeit und Kultur*, 1980, por. ej. p. 653 ss.

⁹⁴ La comprensión de la concepción del tiempo presente en una determinada cultura jurídica y expresada en la Constitución también se alcanza a partir del estudio de la autocomprensión del ser humano y especialmente del ciudadano.

⁹⁵ Esto no significa que haya que plantear estrategias de inmunización. Por ejemplo, la diferenciación entre “el tiempo en el Derecho constitucional” y “la Constitución en el tiempo” puede relacionarse sin dificultades con la diferenciación que propone N. Luhmann entre un presente puntual (irreversible) y un presente continuo (reversible), si se puede establecer un análisis paralelo (en un plano más general) de la continuidad y el cambio en las Constituciones, o mejor dicho, de sus contenidos culturales y su vinculación con un tiempo determinado, véase *id.*, en: W. Schluchter (Ed.), (ibid.), p. 41 ss. y 47 ss. La necesidad de contemplar en estudios interdisciplinarios los diversos contextos de acción y ámbitos de

conceptualización particular del tiempo en las ciencias jurídicas, por ejemplo, en cuanto a los diferentes instrumentos del Derecho constitucional, a partir de la exigencia de una “recepción inmediata y total del cambio en el Derecho”⁹⁶. Esto implicaría la disolución del Derecho, pérdida de la seguridad jurídica y con ello, la de un elemento de justicia así como la negación de la Constitución, que según su *telos* debe ser una “ley fundamental”: para ello es preciso un mínimo de permanencia y estabilidad (por ejemplo, a través de la recepción, del disciplinamiento de la creación jurídica judicial, de procedimientos cuidadosos en las reformas⁹⁷, etc.), sin ignorar la importancia de una comprensión dinámica y “procedimental” de la Constitución⁹⁸. Aquí coincidimos con R. Wendorff, quien intenta aportar una “compensación, un contrapeso a las unilateralidades de nuestra concepción temporal lineal”⁹⁹, busca “valores permanentes”¹⁰⁰ y espera de esta manera una “polaridad” repleta de tensiones en el mundo occidental¹⁰¹.

Detengámonos aquí: un “concepto puente” para esta incorporación del Derecho constitucional y sus problemas del tiempo es la “cultura”, por lo

concreción de las distintas ciencias (especialmente aquellas orientadas a la práctica), se constituye muchas veces en una barrera práctica para la comunicación.

⁹⁶ El Derecho (constitucional) y su ciencia no se harían un favor si cedieran rápidamente ante cada cambio social, si reaccionaran ante cada desafío o hasta provocación cultural. Perderían su importancia en el accionar conjunto con los demás factores y procesos culturales. El camino entre la afirmación y el cambio seguramente es difícil, pero es el camino del Derecho (constitucional). También la independencia judicial pertenece a los instrumentos del Estado constitucional que quieren y pueden estar al servicio del “valor intrínseco” del Derecho frente a otros procedimientos. Lo que finalmente orienta el curso de la historia (constitucional), es un interrogante al, o más bien a los, “sujetos” de la historia. Sólo puede ser respondido a partir de creencias, un ejemplo para ello es la expresión “el sentido posible de la historia para el hombre” en el sentido que le otorga Sir Popper.

⁹⁷ En las reformas legales se demuestra cuán necesarios son los procesos de desarrollo cultural para que el –nuevo– Derecho pueda echar “raíces”. Un eventual exceso de reformas en el ámbito jurídico ya no es suficiente. Por más reformas “desde arriba” que realice el legislador: si no se les concede suficiente tiempo a las reformas para que puedan operar en la práctica, se tornan inútiles. El proceso de la vigencia jurídica no se logra a partir de la proclamación de una norma en el Boletín Oficial del Estado, porque el establecimiento de la confianza en la norma que deben tener sus destinatarios, precisa de tiempo. Las condiciones para la validez de las normas jurídicas son, en definitiva, de naturaleza cultural: no son solamente “estatales” ni solamente “sociales”, ni se fundamentan sólo en lo objetivo ni tampoco únicamente en lo subjetivo.

⁹⁸ Las distintas “escuelas” podrían diferenciarse justamente a partir de una comprensión diferente del tiempo, por sus “posicionamientos” diversos ante el tiempo: la más antigua piensa de manera más bien estática, la línea iniciada por R. Smend es más bien dinámica. Según el caso, es distinta la relevancia de la normatividad en tanto “inviolabilidad”; cf. también W. R. Schenke, en: AöR 103 (1978), p. 566 (570 ss.).

⁹⁹ R. Wendorff, *Zeit und Kultur*, 1980, p. 655.

¹⁰⁰ R. Wendorff, *ibid.*, p. 657.

¹⁰¹ Véase R. Wendorff, *ibid.*, p. 653 ss.: “Polarität, Spannung, Ausgewogenheit”. Los planos temporales se entrecruzan de varias maneras: el *historiador* constitucionalista, que relata lo “pasado”, al mismo tiempo se desempeña más o menos concientemente como comentarista del presente; el *dogmático* constitucionalista también extrae sus concepciones previas y toma préstamos de la historia, así como también sus esperanzas hacia el futuro; el *político* constitucionalista del “principio esperanza” también vive del pasado y del presente, y sea solamente porque desarrolla un programa de contrastación (una “utopía concreta”) con relación a los mismos.

cual el método para el “establecimiento de este puente” debe estar orientado por la ciencia de la cultura: solamente así aparecen la vinculación teórica del Estado constitucional y el tiempo y se posibilita una interpretación simultánea desde el pasado y la apertura, así como su fundamentación como parte de un “proceso cultural de crecimiento” (L. Kolakowski). La “cultura” es la “sustancia” a partir de la cual surgen, se transforman y “envejecen”¹⁰² las Constituciones.

2. La interpretación constitucional a partir de las ciencias culturales

A. El enfoque desde las ciencias culturales

El punto de partida es el reconocimiento de que la *Constitución* no es solamente una reglamentación legal para juristas que debe ser interpretada por éstos según viejas y nuevas reglas del arte, sino que también actúa principalmente como guía para quienes no son juristas: los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico o un “reglamento normativo”, sino también la expresión de un estadio del desarrollo cultural, un medio para la auto-representación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones *vivas* no son solamente obra de los juristas y políticos, sino la obra de todos los intérpretes de la Constitución en la sociedad abierta. La Constitución es, en forma y contenido, más bien expresión y transmisión de la *cultura*, un marco para la (re)producción y recepción cultural y almacenamiento de “informaciones”, experiencias¹⁰³, vivencias, sabiduría¹⁰⁴ cultural tradicional. Su validez cultural es consecuentemente más profunda¹⁰⁵. Esto fue captado muy bien por H. Heller en la recreación

¹⁰² De alguna manera se ejerce el poder estatal desde el pueblo hacia la cultura y viceversa, al menos en una concepción amplia de la cultura y un concepto abierto de la cultura.

¹⁰³ El Derecho (constitucional) también posee otra relación particular con el tiempo. En sus “institutos” almacena *experiencias* culturales. Sí, son una porción de cultura. Las *experiencias* surgidas de cientos de años de cultura jurídica romana, por ejemplo, hacen su aparición aún hoy en día en el Derecho civil. La teoría de Montesquieu acerca de la división de poderes como experiencia en cuanto a la inclinación del ser humano hacia el abuso de poder, es un ejemplo para muchos. Justamente el enfoque *científico de la experiencia* incorpora el tiempo –y toda una cultura– a su manera en la teoría constitucional. ¡La Constitución es en muchos aspectos una reacción ante las experiencias de Weimar! El mínimo de educación que necesitan y deben transmitir especialmente las constituciones liberales, también surge de la continuidad y estabilidad en el tiempo. ¡Las metas educativas normatizadas son, al igual que muchas reglas jurídicas, una porción de experiencia cristalizada!

¹⁰⁴ En el sentido antropológico cultural o, mejor dicho, etnológico y no jurídico, B. Malinowski no utiliza por casualidad el concepto de “constitución” en: *Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur* (1941), 1975, p. 142. La teoría del Derecho constitucional en el sentido que aquí le otorgamos, no puede obviar el reconocimiento de la dimensión cultural más profunda de las Constituciones de los Estados constitucionales.

¹⁰⁵ La *teoría del Derecho político* hasta el momento ha aportado poco al enfoque científico cultural en la interpretación constitucional, mejor dicho, la delimitación de la “cultura constitucional”. Los trabajos

de la imagen de *Goethe*, la Constitución es “una forma acuñada que se va desarrollando en la vida”.

En especial, los preámbulos y las metas educativas –expresas o implícitas (como tolerancia, sentido de la responsabilidad, solidaridad)–, también los símbolos y los textos constitucionales entendidos en sentido amplio, como los textos de los clásicos¹⁰⁶, expresan los contenidos culturales de las Constituciones a partir de medios más bien no jurídicos y en un lenguaje no jurídico, que resulta más comprensible para los ciudadanos, pero también más “idealista” que los demás textos constitucionales. Son una especie de “*versión no jurídica*” de la Constitución. Como artículo de fe pretenden expresar el “*espíritu*” del cual surge el lado jurídico constitucional de las Constituciones y que debe ser transmitido. Por ello la identidad de una Constitución, ubicada entre la transmisión, la herencia y la experiencia histórica, por un lado, y la esperanza, las posibilidades y la capacidad de moldear el futuro de un pueblo, por el otro, solamente puede ser comprendida totalmente a partir de un enfoque científico-cultural¹⁰⁷. Gracias a los métodos de trabajo interdisciplinarios (científico-culturales) se torna visible lo previo a la creación de la Constitución, lo que la sostiene y lo que la impulsa a continuar: los procesos creadores primarios del cambio –cultural (así como también la continuidad cultural)–, que el Estado constitucional va abordando “con el correr del tiempo” y que

científicos culturales de H. Heller (Staatslehre, 1943, en especial p. 32 ss.) pertenecen aquí por supuesto, así como también los trabajos en humanidades y de historia de la cultura de R. Smend, E. Kaufmann y G. Holstein (Referencias en: P. Häberle, Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, en elab.); pero no han sido profundizados a partir del estudio de la Constitución; extrañamente no condujeron a una “cultura constitucional” ni la discusión en torno a “Estado y sociedad” o “Constitución y realidad constitucional”, ni la controversia de los “métodos de la interpretación constitucional”, ni la discusión más profunda de los años 60 acerca del Derecho público eclesiástico y tampoco el actual “debate de los valores fundamentales”. Ya sólo la *comparación* constitucional hubiera aportado algo al enfoque científico cultural. El Derecho privado no ha olvidado el trabajo con los puntos de vista de la “cultura del Derecho” (F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2ª edición, 1967, p. 13, 26; J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3ª edición, 1974, señala los fundamentos culturales del Derecho –comunes a las naciones culturales– y a principios *jurídicos* reconocidos por todas las naciones *culturales*, por ejemplo, p. 28, 34 ss.; 378); distinto es en el Derecho constitucional: aquí la idea de una cultura jurídica prácticamente no se ha difundido aún. Esta omisión seguramente tenga causas políticas e histórico-científicas muy alemanas. Por un lado, era tan fuerte la fascinación por el aspecto político de la Constitución, que el aspecto cultural pasó inadvertido; por otro lado, se concibió a la cultura –siguiendo una tradición alemana– como tan apolítica y “no jurídica” que difícilmente pudiera convertirse en objeto de la teoría del Estado y de la Constitución (véase, por ejemplo, los dispersos comentarios al margen acerca de la dependencia cultural de la solidaridad en: G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 5ª reimpresión de la 3ª edición (1928), 1966, p. 253). Finalmente podría considerarse como causa la fijación en la Constitución *escrita*. Con esto podría describirse la historia de las discusiones en la teoría del Derecho político como proceso de la producción y recepción cultural.

¹⁰⁶ Una relación entre la medición musical del tiempo, el sentido del ritmo, el tiempo de reinado y el honor del reinante se realiza de manera insuperable en *Shakespeare* (cf. Ricardo II, acto V, escena IV). Una cita acerca del tiempo también en: “A vuestro gusto” (acto II, escena VII, Jacques).

¹⁰⁷ Con relación al enfoque científico cultural véase P. Häberle, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, p. 43 ss.; *id.* Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, 1980, p. 62 ss., y también en: VVDStRL 38 (1980), p. 114 ss. (Diskussion); *ibid.*, en: FS H. Huber, 1981, p. 211 (212, 228 ss.).

procesa (*a posteriori*) como *challenge and response* o ensayo y error en el sentido de *Popper*. El Estado constitucional recepciona las múltiples formas del cambio en las artes y ciencias, en la política¹⁰⁸ y la economía, aunque también se impone a partir de la producción *propia* (especialmente a través de ésta¹⁰⁹). La interpretación de la Constitución desde el enfoque científico-cultural busca una ampliación de los horizontes científicos y una profundización, mejor dicho, clarificación del trasfondo del Estado constitucional¹¹⁰; de esta manera posibilita una tematización más “profunda” del “tiempo en la Constitución” y de “la Constitución en el tiempo”, al inscribir la Constitución en el contexto cultural de su época. El tiempo se refleja en desarrollos *culturales* y cristalizaciones “más tempranamente” y con “mayor precisión” que en las formas y los procedimientos *jurídicos*, contenidos e institutos; la “reflexión acerca de las posibilidades”¹¹¹ Cf. P. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977), en: *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 1 ss. corresponde primariamente a las artes y a la filosofía¹¹².

Los impulsos culturales más profundos y las corrientes más “finas”, que conducen a la “transformación de la Constitución”, a los efectos anticipados de las leyes (o no), se vuelven accesibles a mediano plazo a través de una interpretación constitucional “exclusivamente jurídica”. Temporalmente, por lo general, sólo se pueden registrar resultados. Estas configuraciones legales se atienen, con buenas razones, por más tiempo a las

¹⁰⁸ Tan difícil como lo es capturar lo *político* del Derecho constitucional en precisas transcripciones como “otro estado de agregación”, etc., tan difícil es identificar lo *cultural* “del”, “en” y “tras” el Derecho constitucional. ¿Cuál es “el motor” de la vida constitucional, de las normas constitucionales? Es lo *cultural* y no solamente lo político. Los principios constitucionales surgen de procesos culturales, se transforman a partir de estos. La primaria, a veces exclusiva, fijación en lo político, ha oculto el contexto más amplio de lo cultural. Esta preponderancia de lo cultural también puede basarse en las teorías básicas de las ciencias sociales: véase, por ejemplo, la comprensión de sí mismo de T. Parsons como “determinista cultural” en: *id.* *Gesellschaften*, 1975, p. 173 ss. (175); críticas en W. Schluchter, en: W. Schluchter (ed.), *Verhalten, Handeln und System*, 1980, p. 106 (115 ss.), quien sin embargo se remite, al abordar la cultura y su vinculación con todos los ámbitos de la vida (también el jurídico político), al concepto sociológico de la “interpenetración”, es decir, un cambiante entrelazamiento y una influencia mutua (p. 130 ss.). El cambio *cultural*, en general precede a las formas jurídicas de procesamiento del mismo. Esto se puede mostrar tanto a partir de ejemplos de modificaciones constitucionales (las tareas comunitarias del Art. 91 a y b GG!) como en las reformas del Derecho básico. La descriminalización del tradicional Derecho penal sexual en los años 70 respondió a cambios culturales más profundos en el ámbito ético y social.

¹⁰⁹ Por eso es cuestión de refinar, mejor dicho sensibilizar, aquellos métodos e instrumentos de los Estados constitucionales que recepcionan los procesos de desarrollo que dan forma a la dimensión macro de “la Constitución en el tiempo” y la dimensión micro del “tiempo en la Constitución”.

¹¹⁰ La comprensión de la Constitución desde un enfoque científico cultural no implica la renuncia a los diferentes juegos de los probados modos jurídicos de interpretación constitucional y de sus funciones; estos mantienen su Derecho *relativo*: como interpretación constitucional “material” o sociológica, “positiva” o “histórica”.

¹¹¹ Cf. P. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977), en: *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 1 ss.

¹¹² El jurista, por el contrario, trabaja más bien a posteriori y de manera relativamente “superficial” y principalmente técnica sobre lo más visible; trabaja con el tiempo (es decir, con la tradición y el cambio, la herencia y la esperanza, la historia y la apertura al futuro) más bien de “segunda mano”.

tradiciones que en el caso de los “reflejos culturales” de otras ciencias, pero también de las artes (“sismográficas”) y que en el espectro de otros “medios” (como la política). Las amplias posibilidades de una historia pensada de manera abierta sólo pueden ser apreciadas parcialmente por el jurista con su “oficio” y su “arte”; pero éste debe saber que se encuentra posicionado en un contexto cultural más abarcativo.

Todo esto es el correlato (no sucedáneo) de la Constitución como conjunto jurídico de técnicas formales y formalizadas, métodos jurídicos, dogmas, institutos y principios de contenido. La elaboración de la dimensión cultural de la Constitución no pretende poner en cuestión un “arte jurídico seguro”. El jurista constitucional hasta debe persistir en los instrumentos y contenidos más externos (por el reconocimiento de la Constitución como una estructura *legal* específica, lo cual ésta *también* es). Pero la Constitución es más que esto: para el ciudadano y la comunidad es una porción de fundamento cultural y de identidad¹¹³.

La sociedad abierta encuentra de esta manera su *fundamentación* cultural. Ésta ocurre de manera muy indirecta y superficial, fragmentada y limitada por el Derecho como tal. Otras sustancias se tornan fundamentales: la unión cultural de un pueblo, sus metas educativas llevadas a la práctica, etc., en resumen: la cultura de un pueblo. También la “cultura constitucional” que subyace a las normas constitucionales y las rodea es parte de esto.

El ampliamente discutido consenso básico *social* sólo es un aspecto parcial: la sociedad abierta es constituida sobre todo a partir de un *consenso cultural*. No está “escrito” en la Constitución; allí sólo se lo encuentra en parte, pero es en definitiva el “lazo espiritual” que unifica a un pueblo hoy y en las sucesivas generaciones, por ejemplo, en forma de textos clásicos, jornadas conmemorativas nacionales y otras “cristalizaciones culturales” existentes en el Derecho constitucional. Dicho de otra manera, la Constitución pluralista es desde un principio una referencia al contexto cultural de un pueblo, como éste se ha concebido a lo largo de extensos períodos culturales. *Cómo* lo logra —especialmente en la línea del tiempo— será analizado en detalle a continuación a partir de las palabras claves: cultura constitucional, interpretación específicamente cultural de la Constitución y libertad cultural.

¹¹³ El enfoque científico cultural sólo pretende *complementar* la interpretación constitucional tradicional con lo que vivencian, practican y comprenden los intérpretes constitucionales en sentido amplio, los ciudadanos “no jurídicos”. Ambas partes en conjunto, la jurídica y la científico cultural, hacen al todo en la Constitución. Esto tiene consecuencias, por ejemplo, en lo educativo: la misión pedagógica del GG no exige tanto la transmisión del conocimiento teórico-jurídico, esto es tarea de los juristas corporativos. Se trata de la transmisión de la Constitución como marco para la cultura y como *enunciado parcial* sobre la cultura, o mejor dicho, las metas educativas. En este sentido, la Constitución es tanto un *libro de estudio* para los alumnos como para los profesores.

B. Cultura constitucional

El concepto “cultura constitucional” es el que mejor se presta para expresar lingüísticamente el entrelazamiento que se da entre el enfoque científico cultural y la interpretación de la Constitución¹¹⁴. Este concepto tiene por destinatarios activos y pasivos, en primer lugar, al ciudadano y los grupos pluralistas, y no al jurista (constitucional). La cultura constitucional es la encarnación de los posicionamientos (subjetivos), de las valoraciones y del pensar, así como también de la acción (objetiva) del ciudadano y de los grupos pluralistas, de los órganos del Estado, etc., con relación a la Constitución. ¡Su representación de la Constitución desde el rol de escritor, artista, trabajador, profesor, funcionario público es una porción de cultura constitucional! ¡La cultura constitucional es la *versión no jurídica de la Constitución de una comunidad política*! Por ejemplo, los límites de la reforma constitucional no deben buscarse tanto en una jurídicamente denominada “cláusula de eternidad” como en el artículo 79, inciso 3 GG –una típica “norma de jurista”– como en las prácticas referidas a metas

¹¹⁴ El concepto de “cultura política” es discutido hace mucho tiempo; de la gran cantidad de literatura sobre la “cultura política” véase, por ejemplo: P. Reichel, en: PVS 21 (1980), p. 382 ss. y la discusión por él impulsada: D. Berg-Schlosser, H. Gerstenberger, K. L. Schell/J. Schissler así como también O. W. Gabriel, en: PVS 22 (1981), p. 110 ss., 117 ss., 195 ss. y también 204 ss.; G. A. Almond/S. Verba (ed.), *The civil culture revised*, 1980; H. Rausch, *Die politische Kultur in der Bundesrepublik Deutschland*, 1980; M. y S. Greiffenhagen, *Ein schwieriges Vaterland. Zur politischen Kultur Deutschlands*, 1979, en especial p. 18 ss.; T. Stammen, en: J. Becker (ed.), *Dreissig Jahre Bundesrepublik – Tradition und Wandel*, 1979, p. 11 ss.; véase también SPD-Grundwertekommission (ed.), *Theorie und Grundwerte. Zur politischen Kultur in der Demokratie*, 1980; además T. Rasehorn, en: *Frankfurter Hefte*, 1980, Cuaderno 9, p. 18 ss.; w. Nw. En J. Schissler, en: *ZfP* 25 (1978), p. 154 ss. (Pie de pág. 1 ss.) y P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 448 (Pie de pág. 69). Con relación a esto la “cultura constitucional” aún no posee una tradición. El objeto al que se refiere por cierto ya se ha abordado bajo otras denominaciones. La referencia al Derecho constitucional como “Derecho político” (R. Smend, también H. Triepel), el “ambiente” en D. Schindler, pero también las reflexiones más recientes sobre el contexto –cultural– de normas constitucionales brindan primeros puntos de vista para la elaboración de la “cultura constitucional”. Se hace referencia a lo que se encuentra más allá del texto constitucional, a lo que lo rodea y a lo que lo supera, se trata del conjunto de valoraciones, orientaciones del pensar, costumbres y posicionamientos en los que el texto constitucional se haya inmerso y del cual surge, a partir del cual se modifica y ocasionalmente también se desvanece.

^{114a} Un aspecto de la cultura constitucional es la “cultura del derecho fundamental”. El autor ha sugerido este concepto por primera vez en 1978 (P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 587 ss.) y lo ha precisado más tarde (en *id.*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 88 ss.). Nos referimos a la tesis de que la realidad del derecho fundamental *no* surge solamente de los textos jurídicos sobre los derechos fundamentales, sino de una amplia variedad de contenidos y funciones (culturales). El más refinado dogmatismo acerca del derecho fundamental (como en la República Federal de Alemania) no es garantía suficiente para que los derechos fundamentales realmente sean vividos. La “cultura de la libertad” se conforma a partir de un amplio conjunto de cuestiones: sentido ciudadano, el compromiso de los ciudadanos en cuanto a (sus) derechos fundamentales y su predisposición para asumir responsabilidades, tradiciones republicanas y virtudes (como existen especialmente en Francia, país que por ello no precisa de un perfeccionismo jurídico de los derechos fundamentales), ética del comportamiento de los medios, la toma de conciencia científica de los profesores de Derecho público y su disposición a tomar en serio el postulado del pluralismo en todo sentido, otras éticas profesionales, “instancias” culturales como la literatura y los literatos, etc. Justamente la comparación cultural de los derechos fundamentales no puede ser realizada sin el concepto de “cultura del derecho fundamental”, a causa de la declaración de sus diferencias y similitudes en los diversos Estados constitucionales y la búsqueda de equivalencias funcionales para institutos jurídicos concretas.

educativas orientadas a la dignidad humana y la tolerancia, la libertad y la igualdad. La “interpretación pedagógica de la Constitución” como vehículo de la cultura constitucional y el abordaje de la Constitución entendida de manera cualitativa se tornan verdaderas garantías constitucionales^{114a}.

Para que las Constituciones promulgadas se tornen cultura (constitucional), se precisa mucho tiempo. Por ello, se debe relativizar la afirmación de que nuestro GG es la Constitución más liberal que se haya promulgado en suelo alemán a partir del interrogante acerca de cuán profundamente esta “cultura política” se encuentra arraigada en principios democráticos también en tiempos de crisis, hasta qué punto se identifica el ciudadano común de palabra y de hecho con los derechos fundamentales de los demás ciudadanos y no solamente con los propios¹¹⁵, y cuán respetuosamente es aceptada la Constitución por todos. La cultura constitucional *es temporalmente más dependiente* que las normas del Derecho constitucional; pero a pesar de ello, puede fundamentar más profundamente una Constitución.

La “cultura constitucional” debe ser diferenciada del Derecho constitucional cultural. El “Derecho constitucional cultural”¹¹⁶ hace referencia a los aspectos jurídicos culturales de la Constitución, con los cuales los demás aspectos, como el del Estado de derecho o el social se encuentran menos directamente vinculados. La “cultura constitucional” comprende, por el contrario, a todos, también a los ámbitos de creación de identidad preexistentes a la promulgación de la Constitución, presentes en la Constitución de una comunidad política del tipo del *Estado constitucional occidental*¹¹⁷.

¹¹⁵ La protesta popular en Baviera por violación de los derechos fundamentales (Art. 98 Const. Baviera) otorga una oportunidad única para alcanzar, con el tiempo, más cultura del derecho fundamental con los medios del Derecho y en el Tribunal Constitucional. Quizás sea la “cultura constitucional” a la vez el tiempo “en el pensamiento” y la *jactuación práctica*, modificando un poco la expresión de Hegel. El develamiento del trasfondo cultural de las Constituciones de los Estados constitucionales sirve tanto a la elaboración de un tipo ideal de “Estado constitucional” a partir de elementos culturales, como también a la percepción de la cultura constitucional *individual* de cada pueblo. La “cultura del derecho fundamental” es muy diferente en Francia y en Alemania, por ejemplo, en lo referente a la capacidad de imposición judicial aquí, y a la sensibilidad de la opinión pública como “guardianes de los derechos fundamentales” allá. Y por más influyentes que sean los contextos para los textos jurídicos, existe una genuina “herencia cultural” común a toda Europa en cuanto a los derechos fundamentales. En otras palabras: el enfoque científico cultural en el Derecho constitucional no es una reducción al Estado nacional, sino ambas cosas: individualización por un lado y generalización por el otro.

¹¹⁶ Los impulsos específicos para la cultura constitucional de un pueblo provienen de su *Derecho constitucional cultural*. El vínculo entre la constitución de la cultura y la cultura constitucional no pertenece solamente al plano nominal. El arte y la ciencia ofrecen permanentemente “material”, aportes creativos, que pueden compactarse en una porción de cultura constitucional. La preparación científica del parlamentarismo sirve tanto a la cultura constitucional, como el descubrimiento de las múltiples dimensiones de los derechos fundamentales favorece a la “cultural del derecho fundamental”.

¹¹⁷ La *opinión pública* no sólo introduce lo político en la comunidad democrática; ella comprende, da vida e introduce también otro ámbito, no menos importante: el *cultural*. La opinión pública cultural no es solamente un factor en los procesos de desarrollo del Derecho constitucional cultural. Ella actúa en todos

El Derecho constitucional se diferencia, como todo Derecho, de lo “simplemente cultural” a partir del *compromiso con la ley*. Lo cultural posee una validez propia y una vigencia propia, obra sin sanciones jurídicas directas¹¹⁸.

En el universo democrático pueden mencionarse ámbitos en los que el Derecho constitucional deja lugar a *desarrollos propios de la cultura política*¹¹⁹. La cultura constitucional incorpora elementos de lo que en Alemania se denomina “cultura nacional”: el comportamiento electoral de los ciudadanos; la predisposición a un “traspaso real del poder” (como en Inglaterra); las tradiciones parlamentarias y el código de honor practicado por los diputados; el rol del periodismo, también del ejercicio libre de la abogacía; la sensibilidad, vigilancia y aceptación de la crítica de la opinión pública; todos estos son momentos de una “cultura constitucional”¹²⁰.

La “cultura constitucional” podría convertirse de esta manera en un concepto clave que conjuga todos los aportes de los ciudadanos pensantes y actuantes, en especial, de las ciencias, hacia una “Constitución en el tiempo”. La expresión, “nosotros” debemos velar por la Constitución, debe ser extendida a todos los ciudadanos y, en especial, a todos los hombres de las ciencias. Por más difícil que sea “seguirle la pista” científicamente al tiempo, gracias al enfoque cultural constitucional se tornan más transparentes y tangibles las manifestaciones, los procesos de crecimiento, las transformaciones y los procesos de disolución.

C. La interpretación específicamente cultural de la Constitución

“Cuando dos leyes fundamentales expresan lo mismo, no es lo mismo”. Esta afirmación de R. Smend de 1951 nos acerca a la cuestión de cómo es posible que los mismos textos jurídicos, por ejemplo, los pactos de derechos

los ámbitos de la cultura constitucional.

¹¹⁸ Esto se puede apreciar particularmente en la ética social. El Derecho constitucional y familiar regulan sus asuntos solamente de manera fragmentaria. Qué cultura familiar (o de asociación) se desarrolla y cómo lo hace, se gesta según “leyes” propias. Toda igualación jurídica entre el hombre y la mujer no puede evitar que en lo sociocultural muchos ámbitos aún no se encuentren “iguales”.

¹¹⁹ La “cultura política” muchas veces precede temporalmente a la cultura constitucional, también puede decirse que ésta constituye un específico estado de agregación de aquella. Sin embargo *no* existe una identificación completa. La cultura *constitucional* presupone un grado de mayor solidez, estabilidad, duración y objetivación que la “cultura política”. No todo lo que es cultura política se constituye en cultura constitucional. La alusión a la “Constitución” en la expresión “cultura constitucional” debe ser tomada en serio: exige un mínimo de duración y capacidad de objetivación. El “estar a la altura” se ha tomado más sólido. La cultura constitucional es resultado del trabajo de muchas generaciones en torno a la Constitución.

¹²⁰ En lo concreto el contenido de la “cultura constitucional” puede ser ambivalente. La alta participación en las elecciones nacionales puede ser entendida como una característica particular de la cultura constitucional, que se encuentra impregnada de la “voluntad de poseer una Constitución” en el sentido que le otorga K. Hesse (también: H. P. Schneider, en: AöR fascículo 1, 1974, p. 64 ss. [68 ss.]), pero también como señal de conflictos políticos o coerción política (cf. con relación a esta tendencia R. Dahrendorf, *Für eine Erneuerung der Demokratie in der Bundesrepublik*, 1968, p. 36 ss.).

humanos en oriente y occidente, pero también entre los diferentes Estados constitucionales occidentales, son y pueden ser interpretados de distintas maneras. El trasfondo objetivo al que remiten las diferentes interpretaciones es la *cultura* nacional en la que se fundamenta el respectivo Estado constitucional. Con otras palabras, el mismo texto adquiere en las distintas culturas jurídicas un contenido diferente. La “interpretación específicamente cultural de la Constitución” refiere a los métodos y procedimientos, pero también, a los “trasfondos” de esta interpretación.

Esta relatividad del contenido de los textos jurídicos no es un mal necesario, sino un asunto condicionado por la materia. La individualidad de una Constitución tiñe de distinta manera textos que parecieran presentar idénticos contenidos, es decir que les imprime una *especificidad cultural*¹²¹.

Es por esto que la interpretación específicamente cultural de la Constitución puede reconocer mejor los “indicios” para el abordaje del tiempo. Los métodos para la interpretación de la Constitución han concedido al factor tiempo una más o menos encubierta centralidad en la explicación. En parte “absolutizan” ciertos “tiempos”¹²² particulares. La utilización flexible de los distintos métodos de la interpretación que realiza H. Ehmke¹²³ ha significado por esta razón un quiebre, aunque ha quedado sin responder con qué parámetros se combinarían finalmente los distintos métodos para la explicación. Al esclarecer los métodos de interpretación diversos recortes de lo que sucede *culturalmente* en el tiempo, es el enfoque científico cultural en la interpretación constitucional el que podría aportar un marco para la combinación de los métodos explicativos.

Derecho y ciencias jurídicas, legisladores y jueces no viven por sí solos. Dependen de los “materiales”, de los “impulsos” y de las “sustancias”,

¹²¹ La comparación jurídica en el Derecho público no ha tematizado hasta el momento lo específicamente cultural de manera metodológica (acerca de la comparación jurídica: J. H. Kaiser, H. Strebler, R. Bernhardt y K. Zemanek, en: ZaöRV 24 (1963), p. 391 ss., 404 ss., 431 ss. y también 452 ss.; J. M. Mössner, en: AöR 99 (1974), p. 193 ss.; véase también P. Häberle, en: K. Vogel (ed), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, 1979, p. 65 ss. – Discusión). Esto sorprende, ya que en la discusión acerca de los derechos humanos es difícil reconocer que los textos jurídicos son comprendidos de maneras diversas y que –sin crear un problema de mala conciencia– también *pueden* ser comprendidos de diferentes maneras. Por cierto, hace tiempo se ha reconocido la relevancia del “ambiente” (D. Schindler) de la historia, etc. En mi opinión, aún resta contestar la pregunta acerca de cómo se expresan las diferencias específicamente culturales entre los pueblos en la interpretación jurídica. ¿Reúne contenidos específicamente culturales o actúa a través de métodos o es un método en sí mismo?

¹²² La interpretación histórica se despegó del *momento* temporal de la creación de la norma jurídica (constitucional) –famosa y despreciada es la aún hoy en día propagada “teoría de la petrificación” en Austria–, el método objetivo de interpretación prácticamente se distancia del presente y en parte también del futuro, sin que esto se exprese siempre abiertamente. Un método de interpretación solamente orientado a consecuencias podría convertir el Derecho constitucional en un derecho situacional.

¹²³ H. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (57 ss.), ahora en: *id.*, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 329 (332 ss.).

por ejemplo, de nuevos elementos de justicia, nuevos reconocimientos y experiencias, pero también, nuevas esperanzas e ideales que dan cuenta de las leyes ya establecidas desde una perspectiva nueva o que obligan a defender los contenidos convencionales. Sabiendo que el Derecho mismo es factor y expresión de la cultura pueden –“disciplinadas” en sus reglas del arte– tanto retrotraerse como adelantarse a los desarrollos culturales. Por cierto, esta “interpretación específicamente cultural de la Constitución” no es una “varita mágica” que resuelve repentinamente los problemas explicativos. Pero la interpretación constitucional sí gana una apertura y una vinculación, no sólo a los movimientos, desarrollos y autoafirmaciones sociales y económicos, sino también culturales, que caracterizan una comunidad política¹²⁴.

Incursus II: La reanimación de las cláusulas republicanas: un ejemplo de procesos de expansión cultural de las Constituciones

A partir del ejemplo del principio constitucional “República” (artículo 20, inciso 1 y 28 inciso, 2 GG) se muestra cuán fuertemente se encuentra vinculado el Derecho constitucional con los “procesos de expansión cultural”, cuán dependientes son los procedimientos de interpretación jurídica de lo cultural y no primariamente jurídico –objetivamente y en lo personal–; y cómo una determinación “jurídico formal” poco considerada cobra (nuevamente) vida con el “transcurso del tiempo”, mejor dicho, es actualizada por el ambiente cultural, pero también se transforma como parte de la (re)producción cultural y la recepción.

La cláusula republicana fue desatendida científicamente desde la fundación de la República Federal. A pesar de distintos intentos de reanimación a partir de la referencia a su vinculación con la *res publica* y *salus publica*¹²⁵, prepondera por lo general en la teoría del Estado la simple definición por la negativa: la República como la “no monarquía”¹²⁶. En nuestros días llegaron impulsos del ámbito cultural-político-literario, que buscan otorgar una nueva, mejor dicho, positiva significación y “cooptar” el concepto: pensadores y poetas lograron aportes previos en este sentido. Recuerdo aquí las “*Briefe zur Verteidigung der Republik*” (“Cartas para la defensa

¹²⁴ Un ejemplo es el pensamiento ecológico. Recién después del interés de la vanguardia espiritual de la sociedad, de filósofos, humanistas y artistas, intentan tomar parte las ciencias jurídicas: véase C. Sening, *Bedrohte Erholungslandschaft*, 1977, p. 80.

¹²⁵ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 12ª edición 1980, p. 50 ss., 110; 4ª edición 1970, p. 50 ss., 103; 1ª edición 1967, p. 50 ss., 103; P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 708, 728; *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 68, 198, 206, 487.

¹²⁶ Cf. por ejemplo, B. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 5ª reimpresión de la 3ª edición 1928, 1959, p. 711. El índice de materias de 74 columnas de: H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª edición 1966 (1028 p.) ni siquiera menciona la palabra clave “república”.

de la República”), escritas no tanto por juristas¹²⁷ como por literatos –por ejemplo, H. Böll, N. Born, D. Kühn, H. E. Nossack o M. Walter–¹²⁸, o los “*Republikanische Reden*” (“Discursos republicanos”) (1979) de W. Jens. Recién después los juristas recordaron la riqueza de sentidos del concepto de República¹²⁹. Trabajan *ex post*: conciente o inconcientemente inspirados por la reproducción cultural; por ello es tan importante el Derecho constitucional cultural en tanto cuidado de lo creativo. La “República” es comprendida ahora en un sentido “liberal”, “democrático” y “responsable”. (Re)activada de esta manera, la “República” puede ser vivenciada por todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta y materializada en todas las formas, como jurisprudencia y como meta educativa, jurídica y pedagógicamente.

Esta comprensión *material* de la República ya ha superado una primera prueba en Europa: Picasso había dispuesto en su testamento que el cuadro “Guernica” recién pudiera ser llevado a España cuando allí rigiera “la República”. Esta condición fue interpretada con razón por los “administradores testamentarios” y herederos de Picasso como “cuando rijan nuevamente condiciones democráticas y de libertad”, lo cual también puede ser el caso en una monarquía parlamentaria como en la España actual¹³⁰.

D. “Libertad cultural” - Deberes fundamentales

La “libertad cultural” es el concepto a través del cual la teoría del Derecho fundamental encuentra vinculación con la problemática del tiempo a partir de la revisión de cuáles son los condicionamientos culturales (político-culturales) y específicamente culturales de la libertad jurídica formal y la

¹²⁷ Véanse las cartas de Ulrich Klug y Richard Schmid.

¹²⁸ Editado por F. Duve, H. Böll y K. Staeck, 1977 (también la consiguiente controversia entre K. Sontheimer y J. Habermas, en: SZ 26-27/11/1977, ahora en: J. Habermas, *Kleine politische Schriften I-IV*, 1981, p. 387 ss.); cf. del mismo editor también el tomo: “Kämpfen für die sanfte Republik”, 1980; también en otros escritos de esta línea editorial ha sido activado el tópico de la “república”: cf. W. D. Narr (ed.), *Wir Bürger als Sicherheitsrisiko. Beiträge zur Verfassung unserer Republik*, 1977; véase también M. Güde, L. Raiser, H. Simon y C. F. Von Weizsäcker, *Zur Verfassung unserer Demokratie*, 4 republikanische Reden, 1978. Entretanto, el concepto “de izquierda” ya es usual, cf. el título del tomo 1 de las palabras claves acerca de la “situación espiritual del tiempo”, editado por J. Habermas, 1979: “Nation und Republik”.

¹²⁹ Cf. K. Löw, en: DÖV 1979, p. 819 ss.; J. Isensee, en: JZ 1981, p. 1 ss.; W. Henke, en: JZ 1981, p. 249 ss.; P. Häberle, en: FS H. Huber, 1981, p. 211 (237 ss.).

¹³⁰ Cf. FAZ del 23/1/1981, p. 21 y del 2/3/1981, p. 23. La referencia a la Constitución como gran “oferta” (G. Heinemann) también puede ser fructífero para algunos de sus principios por separado. Conocemos ejemplos para el “*renacimiento*” de las proposiciones constitucionales, como las metas educativas y los “derechos sociales fundamentales” de las Constituciones de los Länder (con relación a esto, B. Beutler, *Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945*, 1973; P. Häberle, *WVDStRL* 30 (1972), p. 43 (90 ss.). Lo contrario también es habitual: el *olvido* de contenidos o mandatos constitucionales, por ejemplo, los deberes fundamentales o el Art. 29, Inc. 1 a.F. GG. Las Constituciones como “conjuntos de regulaciones jurídicas” no viven de sí mismas; más bien suelen ser la envoltura de sucesos sustancialmente más profundos de naturaleza cultural (lo político es solamente un aspecto).

dignidad humana, cómo se desarrollan culturalmente y se “materializan”. Los catálogos de los derechos fundamentales pueden ser semejantes exteriormente: la significación de sus contenidos recién se expresa en su contexto cultural¹³¹. Aquí cobra sentido la interpretación específicamente cultural de la Constitución.

¡No hay libertad sin cultura! El uso individual de la libertad se encuentra impregnado por incontables experiencias históricas y aseguramientos, es decir: el factor cultural- temporal también condiciona la libertad¹³². El jurista se halla aquí necesariamente ante los límites de su disciplina. No puede definir “lo cultural” en particular y depende por ello de los avances de las demás disciplinas. Por ello debe redactar las garantías de libertad cultural de manera suficientemente formal y amplia como para que al arte y a los artistas les quede suficiente espacio¹³³. Se puede reconocer cuán fuerte es la transformación en los límites variables: la película “El silencio” de *Bergman* se encuentra hoy en día comprendida en la libertad del arte expresada en el artículo 5, inciso 3 GG, décadas atrás esto era negado o al menos discutido. La consecuencia son los esfuerzos por desplegar los contenidos de libertad que se pueden reconocer en el Derecho constitucional cultural en el sentido de un concepto cultural abierto¹³⁴. Esto también significa adjudicar al Estado cultural la tarea de efectivizar a su manera los derechos fundamentales culturales en el sentido de los derechos de participación culturales y, en especial, de efectividad procesal¹³⁵. Las garantías legales para la libertad cultural no generan por sí solas libertad cultural, pero son la condición para que ésta sea posible: el espacio de libertad garantizado por los derechos fundamentales para los individuos abre la comunidad política como comunidad cultural a todos aquellos procesos y desarrollos, descubrimientos y obras que hacen a su identidad. Los textos clásicos y su nueva (re)actualización a través de

¹³¹ La comparación de los derechos fundamentales solamente es posible como comparación *intercultural*, la comparación superficial de los textos solamente aporta primeros indicios. Sólo el contexto cultural muestra la significación real de los derechos fundamentales. Un abordaje desde las ciencias sociales únicamente, sería demasiado acotado. Al considerar todos los derechos fundamentales como “derechos fundamentales sociales en sentido amplio”, se torna más importante su dimensión *cultural* más profunda: también en la sucesión de generaciones y en la transformación de los textos constitucionales de un pueblo.

¹³² La creciente individualización y privatización del poder de disposición sobre el tiempo –por ejemplo, a través de la reducción de la jornada laboral, jornadas flexibles, trabajos *part time*, por un lado, o por la ausencia de una sujeción a un momento temporal concreto, por ejemplo, a través de eventos culturales grabados en cassettes, discos, películas o las futuras técnicas de video, por el otro lado– actualizan cada vez más las ataduras culturales de la libertad.

¹³³ Así el planteo de W. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967.

¹³⁴ Con relación a esto, P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979, p. 34 ss., 37, 57 ss.; *id.*, *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, p. 13 ss.

¹³⁵ Un punto neurálgico es la pregunta acerca del derecho a subvención por parte de los teatros privados.

la interpretación, descubrimientos científicos, obras de arte de todo tipo, filosofías políticas e innovación económica son consecuencia y expresión de una compleja libertad “cultural” entendida en el sentido más amplio¹³⁶. Al mismo tiempo, la conducen hacia “nuevas orillas”. Vista en la línea del tiempo, la libertad culturalmente efectivizada de *J. Beuys* tiene incidencia sobre la garantía legal de libertad: ésta se amplía. La petición por la “libertad de pensamiento” manifestada culturalmente en el “Don Carlos” de *F. Schiller*, se torna un texto clásico con efectos a largo plazo en muchas épocas constitucionales. La pregunta de *B. Brecht* “todo el poder del Estado parte del pueblo, ¿pero hacia dónde se dirige?” es una “espinas” en el cuerpo de toda teoría democrática. En síntesis: lo nuevo se origina de la libertad cultural, “cuaja” formando una porción de cultura (del Derecho fundamental)¹³⁷ e impulsa el desarrollo de la misma.

Un proceso de desarrollo de este tipo también ilustra el ejemplo de los *deberes fundamentales*. Con referencia a estos, falta aún una teoría constitucional diferenciada. Con vistas a los actuales desafíos y falencias, discutidos como “límites del Estado social”, y ante nuevos reconocimientos de la solidaridad como condición para la comunidad humana (la revolución francesa también exigía la “fraternidad”¹³⁸!), se formula hoy la pregunta acerca de si la reconsideración de los deberes fundamentales no será una cuestión de tiempo¹³⁹. Probablemente, el deber fiduciario que corresponde a la Constitución en cuanto a los bienes culturales y hacia las futuras generaciones, también deba ser construido desde los deberes fundamentales del ciudadano. La dignidad humana se constituye –como toda libertad cultural– a partir de los logros de generaciones previas y también obliga al respeto por las venideras. Quizás ya nos encontremos

¹³⁶ Los procesos de crecimiento cultural se desarrollan a través de un juego de ida y vuelta desde la libertad “potencial”, pasando por la libertad “realizada” o mejor dicho, resultados culturales de la libertad, hasta obras a partir de las cuales es posible, y se torna necesaria, una nueva libertad individual, a la que además debe aspirarse (aún con la posibilidad de fracasar). La libertad cultural es –contemplada en la línea del tiempo– obra de muchas generaciones, vista “transversalmente” es producto de muchos círculos y grupos diferentes de un pueblo o intérpretes de la Constitución. Vista desde la condición individual de un pueblo, la libertad está garantizada por las “objetivaciones” y “materializaciones”, es decir, resultados, que su ejercicio individual puede desencadenar. Los actuales esfuerzos en torno a formas culturales “alternativas” no son una contradicción, sino más bien la confirmación de la aquí expresada vinculación entre cultura y libertad.

¹³⁷ Expresión de la “libertad cultural” es la “cultura del derecho fundamental”, es decir, la parte de la “cultura constitucional” referente a los derechos fundamentales y con ello una parte de la *constitución** no jurídica de la comunidad política*. La cultura de los derechos fundamentales es sólo en parte obra de textos constitucionales jurídicos y dogmatismo jurídico, más bien se desarrolla a partir de tradiciones republicanas, tal como se muestran en el funcionamiento de la opinión pública, en la ética profesional de los periodistas (cf. instituciones como el Consejo de Prensa alemán) o en “reglas de juego” de los medios masivos de comunicación. Cf. para ello P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 88 ss.

¹³⁸ H. Krüger, *Brüderlichkeit – das dritte, fast vergessene Ideal der Demokratie*, en: *Festgabe für T. Maunz*, 1971, p. 249 ss.

¹³⁹ Véase ahora R. Stober, *Grundpflichten und Grundgesetz*, 1979.

aquí y ahora ante el “Renacimiento” de los *deberes fundamentales*¹⁴⁰.

IV. La Constitución como contrato generacional para la protección de los bienes culturales de la posteridad – expuesto a partir de ejemplos de la actualidad: protección del medio ambiente, límites del endeudamiento del Estado como precedente de “un tiempo y una cultura (constitucional)”

1. El enfoque de la teoría constitucional

El abordaje del problema del tiempo en el Derecho constitucional es puesto a prueba hoy, a partir de dos interrogantes de gran importancia política: en la indagación acerca de los límites del endeudamiento estatal y de la energía atómica. Como el Derecho constitucional “positivo” aporta aquí inicialmente pocos elementos relacionados –exceptuando el artículo 115, inciso 1, párrafo 2 GG y también el artículo 2, inciso 2 GG–, esto se constituye en un reto para la teoría constitucional.

La sensibilización respecto a la dimensión temporal no se da aquí solamente con vistas al análisis o la estimulación de la *transformación*, sino en sentido inverso también con el objetivo de la *preservación* de una específica “herencia” cultural y en interés de las futuras generaciones¹⁴¹. Para ellos debe conservarse la tradicional libertad de configuración política: su democracia¹⁴², su derecho de autodeterminación, sus derechos fundamentales, podrían ser tocados en lo sustancial si nosotros, la actual generación, vía el endeudamiento estatal por impuestos, viviésemos a costilla de las futuras generaciones; su entorno y con ello las condiciones de su dignidad humana, su naturaleza y cultura, su humanidad y libertad se verían afectados en lo existencial, si el almacenamiento de basura atómica implicara inesperados peligros para sus vidas¹⁴³. De un “efecto

¹⁴⁰ De esta manera se harían efectivas las alusiones meramente verbales a la libertad o en el mejor de los casos la formulación “idealista” de la parte vinculante de la libertad, como ya se muestra en el desarrollo de la relación del Derecho administrativo: cf. P. Häberle, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis*; un esbozo de estos problemas puede encontrarse en: *id.*, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 248 ss.

^{**} N. d. T.: El autor hace aquí un juego de palabras entre *Verfassung* (Constitución) y (*Ver*) *Fassung* (expresión, versión).

¹⁴¹ Notable resulta el aporte de F. Vilmar, en: *Die neue Gesellschaft* 28 (1981), p. 458 ss., quien propone ubicar el aseguramiento de la existencia humana en el primer lugar de la escala de valores y exige una nueva “ética de la preservación, conservación, reparación y no del progreso o del perfeccionamiento”. Véase también H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, 1980, quien pide evaluaciones acerca del número de inventos humanos que la naturaleza aún es capaz de soportar y exige una “ética de la responsabilidad remota”.

¹⁴² La relación entre deudas estatales y condiciones de vida en la democracia es analizada –a partir de los aportes de J. Buchanan y R. Wagner– por G. Püttner, *Staatsverschuldung als Rechtsproblem*, 1980, p. 9, 11.

¹⁴³ La “cuestión de la cultura” es la expresión intensificada de la dignidad personal realizada, participativa

anticipado" de bienes jurídicos constitucionales, cuyos destinatarios aún no han nacido¹⁴⁴, se desprende hoy un deber constitucional relativo a la preservación y al desarrollo de la diversidad de la naturaleza y la cultura y al establecimiento del correspondiente marco. La frecuentemente evocada preservación de la "herencia de la humanidad" también debe ser abordada con seriedad por el Estado constitucional: con la fuerza de un mandato constitucional.

La teoría constitucional aún se encuentra poco preparada para la protección cultural y natural de las generaciones en la dimensión temporal. Recién en nuestros días es comprendido el "riesgo potencial de la energía atómica en el tiempo". Éste surge del peligro de posibles consecuencias tardías resultantes de la sobreexposición a la radioactividad, por la larga vida de los desechos radioactivos y por el incalculable "riesgo potencial que implica el tratamiento de los desechos nucleares"¹⁴⁵ a lo largo del tiempo.

El endeudamiento del Estado surge, visto en el tiempo, como una oculta estrategia impositiva a cargo de las futuras generaciones. Su protección debería "anticiparse" en el marco de la prohibición de los excesos: la actual generación no debe vivir en la abundancia a costa de las futuras generaciones. Por supuesto que el endeudamiento actual del Estado también puede posibilitar y asegurar la existencia de las futuras generaciones, por ejemplo, en las así llamadas "inversiones a futuro". Pero esto es solamente un aspecto. En un determinado momento el endeudamiento del Estado deja de ser una inversión a futuro para convertirse en una *carga* ("hipotecaria") para el futuro¹⁴⁶.

En mi opinión, sólo un enfoque más profundo, justamente el *científico cultural*, puede incorporar ya hoy a la "posteridad" de tal manera en el círculo y en el ámbito de responsabilidades del Estado constitucional y sus leyes, mejor dicho de los políticos e intérpretes constitucionalistas, que las condiciones de vida materiales e ideales de esta posteridad se encuentren previamente aseguradas. En la combinación del pensamiento fiduciario

y no por último alcanzada con esfuerzo. Ni está "a disposición" del Estado, ni puede ser comprendida en sentido meramente instrumental para la dignidad humana.

¹⁴⁴ Los "aún no nacidos" se convierten cada vez más en destinatarios de la literatura y del Derecho: cf. por ejemplo, el mensaje de Louise Weiss "a los aún no nacidos" (1980) y el voto del BVerfG a favor de los aún no nacidos en § 218- Resolución (E 39, 1).

¹⁴⁵ Con respecto a esto véase C. Degenhart, Kernenergierecht, 1981, p. 162 ss., con una argumentación sobre el Art. 2, Inc. 2 GG. Acerca de la "protección de la posteridad" a partir del GG y de las "dimensiones temporales de la responsabilidad jurídica estatal" véase H. Hofmann, Rechtsfragen atomarer Entsorgung, 1981, p. 259 ss., 262 ss.

¹⁴⁶ Específicamente H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, p. 130, ahora en: *idem*, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 129 (con relación al Derecho presupuestario y endeudamiento del Estado): "De la misma manera debe contemplarse como anticonstitucional una sobrecarga tal, que ponga en peligro la libertad de la vida política de las futuras generaciones".

con la dignidad humana se halla la (auto)responsabilización ética por la protección de las futuras generaciones. La “Constitución” debe pensarse desde un inicio teniendo en cuenta y asumiendo la responsabilidad por las futuras generaciones del pueblo constitucionalista, no importando cómo se realiza esto desde el punto de vista técnico legal, por ejemplo, a través de un contrato a favor de terceros, de los aún no nacidos. La Constitución de hoy ya lleva en sí misma una parte de la Constitución del futuro. Ella es responsable por esta *específica* Constitución. Si se abocara solamente al hoy, si se justificara sólo ante el hoy, sería tan egocéntrica como fragmentaria. La “apertura de la Constitución” también debe tratarse seriamente por cuanto en el presente se gestan las garantías para un *futuro abierto*: a esto pertenece la discusión en torno a los límites del endeudamiento del Estado y la protección de las futuras generaciones ante los imprevisibles riesgos atómicos. El futuro abierto y la sociedad abierta deben darse en conjunto.

2. En concreto: Interrogantes acerca del cuidado del medio-ambiente en la era de la energía atómica

La “Constitución como contrato”, que se renueva *hic et nunc*, pero también de manera continua a lo largo del tiempo¹⁴⁷, es el primer aspecto. Puesto en práctica desde hace poco en Polonia, la Constitución como contrato quizás sea una “invariante cultural” en el sentido de *Kolakowski*¹⁴⁸, una tesis del como si, para poder vivir y sobrevivir en comunidad¹⁴⁹. El contrato generacional interpretado de manera *dinamizada* –para

¹⁴⁷ La expresión “*plebiscite de tous les jours*” de A. Renan está pensada casi únicamente desde el punto de vista de la soberanía del pueblo, debería reformularse como pensamiento contractual: en el sentido de un contrato social que se renueva constantemente, que se fundamenta en el Art. 1 GG (dignidad humana) y se expresa en el Derecho electoral común; cf. también R. Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, 1961, p. 46 ss.

¹⁴⁸ L. Kolakowski, In der Sackgasse der Kulturanthropologie, en: Merkur 1980, p. 1188 ss.

¹⁴⁹ Con respecto a la Constitución como contrato, véase mi presentación en Augsburg en 1978: Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, en: P. Häberle, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, p. 438 ss.; véase también P. Saladin, en: AöR 104 (1979), p. 345 (372 ss.). El contrato social o generacional es una “ficción” del Derecho constitucional tan necesaria como útil, en especial porque en la realidad actual tienen lugar muchos momentos contractuales constitucionales. Sea como sea, es la presente generación la que debe someterse a los límites del autocontrol en vistas de la futura generación. El modelo de contrato puede ofrecer protección contra la arbitrariedad.

el seguro social¹⁵⁰, un bien conocido entramado”¹⁵¹— podría contener buenos argumentos extraídos de la teoría del contrato social de J. Rawls adaptados a nuestros tiempos¹⁵². Se presupone que una de las partes contratantes es la próxima generación, al menos se debe trabajar en base a esta “ficción”¹⁵³. A la vez que se debe intentar establecer límites a las reformas constitucionales para *vincular* a la futura generación (cf. artículo 79, inciso 3 GG), también se debe *liberar* a esta futura generación, por lo cual no se la debe cargar con demasiados problemas ambientales y debe existir un *autocompromiso* (también vía deberes fundamentales) con y en la actualidad. Concretamente: no deben desencadenarse riesgos atómicos¹⁵⁴ impredecibles para las futuras generaciones. Este enfoque constitucional, mejor dicho, de la teoría constitucional, encuentra en lo cultural su fundamentación y “elevación”. La Constitución debe transmitir bienes culturales, ¡esto también incluye a la naturaleza! En una serie de Constituciones no es casual que se establezcan vinculaciones entre la cultura y la naturaleza en el texto¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Cuan cercano puede estar el futuro en el Derecho, lo muestra el *seguro social* y la amenazante cuota de sobrecarga. Ya hoy se deben considerar cifras referidas al año 2030: porque entonces será la generación venidera la que sostenga a la actual generación en lo previsional. Ya hoy en día se estiman montos con relación a los cuales deben orientarse la política y el Derecho, aunque éstos tengan que ser revisados y recalculados continuamente a lo largo del tiempo. El contrato generacional es un contrato social “a lo largo del tiempo”, un *contrato social dinamizado*. En todo caso, comprende toda la profundidad del pasado, presente y futuro de un pueblo y muestra que el factor tiempo condiciona problemas básicos del Derecho constitucional de manera existencial: véase también W. Schmitt, en: DVBl. 1979, p. 873 (875 ss.); además: T. Maunz/H. Schraft, en: Die Sozialversicherung der Gegenwart, anuario, tomo 7 (1968), p. 5 (9). En relación a la figura del “contrato generacional” también BVerfGE 53, 257 (292 ss., 295); véase también E 53, 164 (177): evitar la sobrecarga de las “generaciones económicamente activas”.

¹⁵¹ Cf. ya en K. Mannheim, Das Problem der Generationen (1928), en: *idem*, Wissenssoziologie, 2ª edición, 1970, p. 509 ss.

¹⁵² J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, en especial p. 27 ss.

¹⁵³ El jurista trabaja habitualmente con ficciones, cf. por ejemplo, F. Wieacker con respecto al “segundo lógico”, en: FS Eric Wolf, 1962, p. 421 ss.; detiene el “reloj” en los gremios de la Unión Europea en Bruselas. Véase también el voto en disidencia de Geller, Rupp, BVerfGE 31, 334 ss.; P. Häberle, Comentarios en: DÖV 1981, p. 809 ss.

¹⁵⁴ El BVerfGE 49, 89 (137 ss.) ya considera a aquellas regulaciones cuya implementación podría conducir a importantes *daños* constitucionales como potencialmente anticonstitucionales (141 ss.) Esta decisión acepta, sin embargo, el así llamado “riesgo residual” más allá del umbral de la “razón práctica” (143), porque la probabilidad de que se produzca un daño es *prácticamente* nula “en el actual estadio de desarrollo de la ciencia y la técnica” (143). Este riesgo residual se refiere solamente a la aprobación de las centrales atómica, la pregunta (aún sin respuesta) acerca del *tratamiento* de los residuos atómicos no fue cerrada, más bien fue (“por ahora”) postergada, haciendo referencia a una “reformulación” por parte de los legisladores. La – *irreversible*!– sobrecarga de las futuras generaciones con nuestros desechos atómicos por siglos, al servicio de unas pocas décadas de crecimiento, se torna difícil de justificar si se considera la Constitución (también) como un contrato generacional, mientras que a los aún no nacidos se les obstaculiza la ponderación de *su* propio riesgo, cf. R. Spaemann, en: Scheideweg 9 (1979), p. 476 (488 ss.).

¹⁵⁵ Cf. Art. 150, Inc. 1 WRV (Constitución de Weimar): los monumentos artísticos, históricos y de la naturaleza y el paisaje gozan de la protección y del cuidado del Estado. Similar es el Art. 141, Inc. 1 párr. 1 de la Constitución de Baviera y el Art. 40, Inc. 1 párr. 3 de la Constitución de Rheinland Pfalz, el 34, Inc. 2 de Saar. ¡En el Art. 62 de la Constitución de Hessen, en lo restante prácticamente idéntico, se reemplaza el concepto de “naturaleza” por el de “cultura”! El Art. 18, Inc. 2 Constitución de Nordrhein Westfalen protege los monumentos culturales, históricos y artísticos, el paisaje y los monumentos de la naturaleza.

La naturaleza y la cultura son bienes transformados por el hombre y continuamente influenciados por los cambios; ambos se encuentran específicamente vinculados, tanto en la historia de las ciencias humanas como de las ciencias sociales. Ante la amenaza y la “escasez” de la naturaleza, esta relación sale a la luz en la actualidad de manera renovada: hoy la protección de la *naturaleza* significa también protección de la cultura; el entorno natural y cultural son en este sentido un *único* entorno¹⁵⁶. Con el suceder de las generaciones, la protección de la naturaleza como “bien cultural” se volvió una tarea sustancial para el *Estado cultural* (cf. artículo 3, Constitución de Baviera). Específicamente: en lo referente a la preservación de la naturaleza como sustrato y condición para el desarrollo de la vida de las generaciones futuras, ésta se encuentra bajo el estatuto de la protección de monumentos¹⁵⁷; existe una pertenencia “de mayor importancia que la libertad: la integridad de aquella naturaleza en cuyos nichos ecológicos se encuentran la vida y la libertad” (R. Spaemann)¹⁵⁸. El Estado constitucional debe ocuparse de lo que para él es “sustancial”. A la herencia “cultural” y “natural” también corresponde la transmisión del espacio vital, más específicamente del entorno, a lo largo de las generaciones¹⁵⁹.

En la *democracia liberal*, el *pueblo* no tiene un poder ilimitado de disposición sobre la herencia que ha recibido y que le ha sido encomendada. Sólo posee una especie de “fideicomiso”¹⁶⁰ sobre los bienes naturales y culturales: debe entregarlos a la posteridad; la cual también tiene que poder vivir en condiciones de libertad política y cultural, y en democracia¹⁶¹.

El Art. 9, Inc. 2 de la Constitución Italiana (1947): “Ella (ref. a la República) protege el paisaje y la herencia histórica y artística de la Nación”.

¹⁵⁶ Significativo es el Art. 24, Inc. 1 párr. 1 de la Constitución Griega de 1975: “La protección del entorno natural y cultural es un deber del Estado”.

¹⁵⁷ Con relación al “olvidado factor tiempo” en la explotación de las materias primas de la tierra sin horizonte temporal: H. Gruhl, *Ein Planet wird geplündert*, 1978, p. 91 ss. Una postura crítica ante el “reclamo ecológico” se encuentra especialmente en: A. Mohler, *Der Traum vom Paradies*, 1978.

¹⁵⁸ R. Spaemann, en: Scheideweg 9 (1979), p. 476 (496).

¹⁵⁹ Cf. P. Häberle, VVDStRL 38 (1980), p. 340 ss. (Discusión). También es posible argumentar en un sentido específicamente *constitucional* de la siguiente manera: la Constitución tiene la tarea de proteger ante un abuso estatal o social del poder. Este pensamiento debe ser considerado en la dimensión temporal: la generación aún no nacida, el “pueblo en gestación”, ya hoy es objeto de la protección del Derecho constitucional. Al menos desde el enfoque cultural ampliado es posible argumentar de esta manera. Existe una especie de “garantía de vida” para el pueblo en la secuencia generacional. Como pueblo cultural sólo puede sobrevivir bajo la existencia de la tradición cultural.

¹⁶⁰ Plásticamente se vinculan en el *preámbulo* de la Constitución de Baden (1947) la historia, el presente y el futuro en el *Treuhandgedanken* (pensamiento *fiduciario*): “...el pueblo de Baden, como agente fiduciario de la transmisión de la cultura de Baden y animado por la voluntad de reestructurar a su Estado con espíritu democrático según los principios de la ley moral cristiana y de la justicia social, se ha otorgado la siguiente Constitución”. En general, acerca de la dimensión temporal en los preámbulos, véase *mi* clase magistral dictada en Bayreuth, en: FS Broermann (nota 19).

¹⁶¹ No nos referimos aquí al planteo de una garantía “ingenua” del *statu quo* de naturaleza y cultura. Ambas son demasiado cambiantes, aunque igualmente deben establecerse condiciones mínimas.

El “pueblo” es, también en la dimensión temporal, una fuerza *pluralista*. De esto surgen compromisos y responsabilidades constitucionales.

En el plano de los *derechos fundamentales* actúan limitaciones en un doble sentido. Derechos fundamentales como en el artículo 2, inciso 2 GG (protección de la vida y de la salud) protegen “anticipadamente” ya desde ahora a los aún no nacidos¹⁶², así como el artículo 2, inciso 2 GG protege a los aún no nacidos en el marco de la discusión en torno al § 218 StGB¹⁶³. Pensado desde el presente, esta protección se refuerza por los *deberes fundamentales*: al ciudadano actual –cuya biografía individual se halla vinculada a la biografía cultural de su pueblo– se le plantea un deber fundamental (artículo 1, inciso 1, párr. 1 GG!) relativo al respeto por la vida y la integridad física del ciudadano del mañana¹⁶⁴. Este deber fundamental basado en la teoría del contrato no solamente es de naturaleza moral y retórica, se torna una obligación jurídica. La literalmente existencial *solidaridad* –tanto natural como cultural– del ciudadano de un pueblo no es solamente una cuestión del hoy y en el hoy, también es una cuestión en la *sucesión generacional*.

Las puntuales competencias del jurista relativas a *la protección de los monumentos y de la naturaleza* (por ejemplo, artículo 74, inciso 24; 75, inciso 3 GG; artículo 141, 83, inciso 1, al final, de la Constitución de Baviera) pueden contribuir a formular esta cuestión. Contemplado a la luz de una interpretación material (positiva) de las competencias¹⁶⁵, la Constitución se propone garantizar y promover la conciencia acerca de la protección de monumentos, paisajes, naturaleza y medioambiente como tareas culturales permanentes. Se prohíbe de esta manera la puesta en peligro de un medioambiente por los desechos atómicos.

En resumen, se da lugar a que los daños ambientales que puedan afectar a futuras generaciones *ya hoy* en día se encuentren limitados desde la cultura constitucional. Dónde se deben establecer específicamente, continúa siendo una discusión. Que, sin embargo, *deben* ser establecidos, debería ser evidente. La pretensión de eternidad del GG en el artículo 79, inciso 3 GG ha dado un viraje con relación a estos nuevos límites para la actuación en el Estado constitucional; éste le otorga una nueva legitimación.

¹⁶² En cuanto a la “ampliación del radio de acción y garantía de los derechos fundamentales”: P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), p. 43 (69 ss.).

¹⁶³ Cf. BVerfGE 39, 1. Una contribución a la argumentación también se encuentra en el Art. 125, Inc. 1 párr. 1 de la Constitución de Baviera; “niños sanos son el bien máspreciado de un pueblo”.

¹⁶⁴ Véase también la apelación a la “conciencia generacional” en: H. Gruhl, Ein Planet wird geplündert, 1978, p. 231 ss.

¹⁶⁵ Cf. H. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (89 ss.), ahora en: *idem*, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 329 (360 ss.); P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 468 ss., 618, 666 ss.; C. Pestalozza, en: Der Staat 11 (1972), p. 161 ss.

3. En concreto: Límites del endeudamiento del Estado

Una última observación acerca del endeudamiento del Estado: se trata de un asunto discutido para la *economía nacional*. La historia de los dogmas y la teoría contemporánea pendulan entre dos textos clásicos: las palabras de *Ricardo* acerca de que “el endeudamiento público es uno de las más terribles flagelos que han sido ideados para castigar a la nación”, y la afirmación de *Lorenz von Stein*: “un Estado sin deudas públicas o está haciendo demasiado poco o exige demasiado de sus contemporáneos”¹⁶⁶. Probablemente sea el *término medio* el correcto¹⁶⁷, en especial, porque las Constituciones democráticas no deben comprometerse con *una* sola teoría científica. Las deudas públicas sirven –como el seguro social– a la distribución de oportunidades y de cargas entre generaciones y “entre los tiempos”¹⁶⁸. Como no es posible definir un límite absoluto y cuantificable para el endeudamiento estatal independiente de tiempo y espacio, se torna aún más importante la discusión con relación al establecimiento de un límite al endeudamiento concreto. Éste se ha alcanzado cuando la carga impositiva de los ciudadanos es a largo plazo tan alta que “el pago de los intereses resultantes de nuevos endeudamientos prácticamente no precisa ser financiado por un aumento impositivo, sino principalmente a partir de ahorros...”¹⁶⁹.

¿Cómo se puede justificar un límite semejante en el contexto de un *Estado constitucional*? En mi opinión, con la ayuda del “argumento del tiempo”. La *democracia*, entendida tal como la define *Theodor Heuss* como poder temporal¹⁷⁰, intenta en el Derecho constitucional presupuestario y financiero limitar el poder a partir de un riguroso “régimen del tiempo”¹⁷¹.

¹⁶⁶ Citado por R. Hickel, en: K. Diehl/P. Mombert (ed.), *Das Staatsschuldenproblem*, 1980, p. VI.

¹⁶⁷ Cf. R. Hickel, ebd., p. XXXIX: “Necesidades y límites del endeudamiento público”. De diferente manera también E. Lang/W. A. S. Koch, *Staatsverschuldung – Staatsbankrott*, 1980. Véase también la postura intermedia del Instituto Alemán para la Investigación Económica (FAZ del 2/7/1981, p. 11), que advierte tanto ante “esfuerzos político-económicos en dirección expansiva” como también ante una reacción desmesurada frente a la solicitud de un recorte radical del déficit estatal. Sin embargo, véase también el título del trabajo de J. Starbaty, FAZ del 14/3/1981, p. 13: “Los bienes públicos de la sociedad se están consumiendo”.

¹⁶⁸ En cuanto a la discusión americana acerca de la “*inter-generation equity*”: H. Hoppe, *Probleme der öffentlichen Verschuldung*, Institut Finanzen und Steuern e. V., cuaderno 115, 1977, p. 81 ss.

¹⁶⁹ H. Hoppe, ebd., p. 58. Püttner, ebd., p. 11 y otros desarrollos a partir del principio básico “poder temporal”, según el cual el legislador elegido sólo puede disponer de los ingresos definitivos para el período de su función y no especular con los ingresos de los futuros funcionarios. El estado de la discusión es resumido por K. Stern, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, tomo 2, 1980, p. 127 ss., con otras referencias; además: P. Schaal, *Thesen zur Staatsverschuldung in der BR Deutschland*, en: BB 1981, p. 1 ss.; H. H. von Arnim, *Grundprobleme der Staatsverschuldung*, en: BayVBl. 1981, p. 514 ss.; G. Brenner, C. E. Haury, E.-M. Lipp, *Staatsverschuldung und Verfassung*, en: FinArch 38 (1980), p. 236 ss.

¹⁷⁰ La democracia como “poder temporal” por cierto también se puede denominar “poder en el tiempo”. Sin embargo, esto no debe significar que la actual generación concientemente provoque cargas prácticamente intolerables para la futura generación a través de hechos irreversibles y le “quite” de esta manera el futuro.

¹⁷¹ Completamente bajo el estricto régimen del tiempo también se hallan las normas paralelas en los Es-

y asegurar de esta manera la libertad política. Además del control del poder que ya se realiza a través de la limitación del período legislativo parlamentario a cuatro años, le sirven a esta meta los siguientes institutos “formales” que descomponen la microdimensión “tiempo en el Derecho constitucional” en unidades aún más *pequeñas* (“medidas temporales”) que los períodos de cuatro años: la determinación del presupuesto “según uno o más ciclos de ejercicios contables” (artículo 110, inciso 2)¹⁷², la detallada normalización de la admisibilidad de efectivizar gastos antes de la aprobación del presupuesto, la estricta reglamentación de un *derecho presupuestario provisional* (artículo 111 GG)¹⁷³, la obligatoriedad de la rendición de cuentas del ministro de Hacienda en el transcurso del ejercicio económico siguiente y de la auditoría *anual* por parte del Tribunal Federal de Cuentas (artículo 114 GG)¹⁷⁴.

Esta sensibilidad temporal expresamente normalizada¹⁷⁵ y el pensar en “pequeñas unidades temporales” es un primer indicio de que en el ámbito presupuestario y financiero el Estado constitucional sólo quiere otorgar la libertad disposicional para algunos aspectos y por un tiempo determinado, es decir, de manera limitada. Detrás de la, en apariencia, meramente formal “dominación temporal”, se esconde un pensamiento material¹⁷⁶ (una parte de la división de poderes y el aseguramiento de la libertad política). La postura moderada de la Constitución, originada en la responsabilidad democrática, persiste porque las deudas en tanto “acontecimientos negativos” son más difíciles de deshacer que cualquier ley. Desde el aspecto material¹⁷⁷, son además aquellas normas constitucionales que

tados constitucionales más nuevos: cf. Art. 78 Constitución de Grecia (1975), que en el Inc. 2 establece la prohibición de efectos retroactivos para las leyes relativas a impuestos y cargas financieras; el Art. 79, Inc. 5 de la misma Constitución prevé una limitada prórroga del antiguo presupuesto ante la ausencia de uno nuevo. Cf. también Art. 134 Constitución de España (1978).

¹⁷² Véase también el uso del concepto de “períodos” en el Art. 110, Inc. 2 párr. 2 GG.

¹⁷³ Asimismo, Art. 80 Constitución de Baden-Württemberg; Art. 140 Constitución de Hessen.

¹⁷⁴ Cf. con H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, p. 129, ahora en: *idem*, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 128: “Un momento esencial para el aseguramiento de la libertad política en la sucesión generacional es el derecho presupuestario, porque los gastos por lo general son aprobados por el plazo de un año y no por períodos temporales incontrolables”.

¹⁷⁵ El estricto “régimen” del tiempo también puede observarse en las Constituciones de los Länder alemanes (cf. por ej. Art. 107, Inc. 2 Const. Saar; Art. 141 hasta 144 Const. Hessen).

¹⁷⁶ Con razón afirma G. Püttner, Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980, p. 12, que la obligación del balance presupuestario anual “no es solamente una cuestión secundaria”.

¹⁷⁷ Desde un enfoque *comparado*, o mejor dicho *histórico*, pueden reconocerse en las actuales reglamentaciones del Derecho presupuestario y financiero constitucional, elementos para el *disciplinamiento del Estado constitucional* con relación al endeudamiento estatal. Según Art. 115, Inc. 1 GG (asimismo Art. 84 párr. 2 Const. de Baden-Württemberg; Art. 54 párr. 2 Const. de Niedersachsen; Art. 117 párr. 2 Const. Rheinland-Pfalz), los ingresos a través de créditos no deben superar la suma estipulada para inversiones prevista en el presupuesto. El Derecho más antiguo fue más estricto: ya el Art. 115 párr. 1 GG versión antigua –vigente hasta 1969 (con respecto a esto G. Püttner, Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980, p. 17 ss.)– permitía la obtención de créditos “sólo ante la necesidad extraordinaria y en regla general sólo para gastos promocionales”. Con esto se encontraba en consonancia con algunas Constituciones alemanas aún vigentes (Art. 75, Inc. 2 Const. Berlín permite empréstitos “sólo para sol-

buscan delimitar el poder financiero del Estado las que vinculan la obtención de créditos con precondiciones como la “necesidad extraordinaria”, “fines promocionales”, “valores permanentes”, entre otros¹⁷⁸. También corresponden aquí las condiciones limitadas bajo las cuales, en caso de una inesperada e impostergable necesidad en el sentido del artículo 112 GG, se aceptan gastos que excedan el límite fijado en el presupuesto¹⁷⁹; asimismo, el principio de la preservación del “patrimonio básico” del Estado (artículo 81 Constitución de Baviera).

Este estricto “régimen temporal” fue reivindicado por el Estado constitucional democrático a causa del peligro que significa un manejo financiero incontrolado y a largo plazo; más aún, el manejo financiero debe ser limitado especialmente en la dimensión macro de “la Constitución en el tiempo”, en beneficio de la libertad política.

Finalmente, es pertinente el principio constitucional del *Estado prestacional*: un Estado constitucional extremadamente endeudado en el largo plazo, es decir, en la sucesión generacional, no puede resolver sus responsabilidades en cuanto a la gestión eficaz, ni al cumplimiento del Derecho fundamental cuando su obligación de saldar los intereses de la deuda le quita toda libertad de acción democrática. Su capacidad de cumplir con los compromisos públicos¹⁸⁰ debe ser mantenida tanto como la libertad política. Esto puede implicar la *toma* de deuda pública (¡inversiones a futuro!) como también su *limitación*¹⁸¹. En esto consiste la inevitable ambivalencia del problema y las dos cabezas de Jano del tema “tiempo y cultura”.

ventar una necesidad extraordinaria, en regla general sólo para inversiones cuyo valor sea permanente”; asimismo, Art. 141 Const. Hessen; Art. 46 Const. Schleswig-Holstein). Art. 82 Const. Baviera contiene la cláusula de la “necesidad extraordinaria”. Muchas Constituciones “superadas” concordaban con la versión antigua del Art. 115 GG: cf. Art. 87 WRV: “sólo ante la necesidad extraordinaria y en regla general sólo para gastos promocionales”. Este modelo también es seguido por las Constituciones de Alemania del este después de 1945 (citado en: B. Dennewitz, *Die Verfassung der modernen Staaten*, tomo 2, 1948): Art. 57 Brandenburgo; Art. 84 Mecklenburg-Vorpommern; Art. 83 párr. 1 Sachsen-Anhalt; Art. 66, Inc. 1 Thüringen. De las ya derogadas Constituciones de los Länder del sudoeste alemán se correspondía el Art. 102 de la Constitución de Baden (1947) con los principios del Art. 87 WRV.

¹⁷⁸ ¡Estas cláusulas de necesidad son a su vez un ejemplo de normas constitucionales que ya implican *en sí mismas* una transformación! (véase también Art. 112 GG).

¹⁷⁹ Cf. BVerfGE 45, 1; con respecto a la “presión temporal”: ebd. p. 36 ss.; también K. Stern, en: *FinArch* 37 (1979), p. 94 ss.

¹⁸⁰ El concepto “Estado prestacional” es precisado por el autor, entre otros, por analogía con las cláusulas de bien común en el Derecho comunitario (VVDStRL 30 [1972], p. 43 [57]). Siguiendo esta línea, para establecer los límites del endeudamiento, G. Püttner, ebd., p. 20 ss. se remite convincentemente a las normas del Derecho comunitario que excluyen la aprobación estatal “cuando las obligaciones crediticias no se hallan en consonancia con la capacidad de rendimiento permanente de la comunidad”.

¹⁸¹ Desde la teoría constitucional es importante distinguir si el endeudamiento estatal resulta de inversiones con vistas a futuro o para sueldos de funcionarios, si se deben financiar gastos productivos o de consumo. Para un esclarecimiento legal del concepto “inversión”: K. Stern, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, tomo 2, 1980, p. 1281.

VÍAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS ÁMBITOS INTERNO E INTERAMERICANO

I. Apreciaciones introductorias

En el presente trabajo nos proponemos enfocar principalmente un quinteto de nudos temáticos, que serán brevemente anunciados aquí.

En el primero (ap. II), brindaremos un soporte teórico y conceptual y fijaremos nuestro criterio sobre ciertas cuestiones fundamentales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, también DESC), que marcarán el camino para el desarrollo argumental de las problemáticas que serán perfiladas en los bloques siguientes.

Por su parte, en el segundo se explorará la sensible problemática de la articulación del Derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, poniendo énfasis en el rol protagónico que los magistrados jurisdiccionales adquieren en la ardua tarea de lograr una adecuada modulación de ambas dimensiones (ap. III).

En el tercer segmento, se relevará la praxis de los órganos de cierre de la justicia constitucional en varios países latinoamericanos en torno a los estándares de protección de aquellos derechos en el plano jurisdiccional (ap. IV).

En el cuarto, se examinará la actualidad y la prospectiva tuitivas de los DESC en el plano interamericano, tanto en el seno de la Comisión Interamericana como en el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ap. V).

Ya en el quinto compacto temático, previo a las observaciones de cierre de este aporte propositivo (ap. VII), y con estrecha vinculación al segundo nudo de asuntos, nos aproximaremos a una delicada cuestión: la de la retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad (ap. VI).

Como puede apreciarse del anuncio de los distintos pasos que jalonarán el trabajo, el mismo está recorrido por una línea analítica perfilada hacia el propósito de buscar vías para convertir la *letra* de las

normas constitucionales o infraconstitucionales y de los instrumentos internacionales en *acciones concretas* para dar cobertura tutelar a fundamentales derechos que reclaman operativización y no toleran la recreación de frustraciones o nuevas mediatizaciones.

Es que los DESC, como ha indicado Osuna Patiño, buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos su titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir¹.

II. Tomando en serio los derechos económicos, sociales y culturales

1. Derechos exigibles

Aunque obvio, debe subrayarse que *los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos*.

Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de corregir la presunta imperfección de aquéllos representa todo un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser éstos resueltos por los órganos públicos competentes.

Es preciso recordar que la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos² (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”³.

Consistente con ello se muestra la Observación General (OG) 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) —en adelante, Comité de DESC—, referida a “La aplicación interna del Pacto”, de 3 de diciembre de 1998.

¹ Osuna Patiño, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2003, p. 95.

² A/Conf. 157/24 (Parte I), cap. III.

³ Parte II, párrafo 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

La misma ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos –refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos– son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁴.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal comité, debe tenerse presente que éste es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el comité por medio de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985. Sobre el papel que ha jugado tal comité, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación del mismo⁵, el que recién se reunió por primera vez en 1987.

Retomando el hilo argumental, es útil tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos que, por serlo, pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida en la sentencia⁶.

Como hipótesis de mínima, debe admitirse que los DESC presentan al menos algún aspecto de justiciabilidad, el que debe ser resguardado para evitar que se diluya el núcleo mínimo, esencial e inderogable del derecho en cuestión individualmente considerado, punto éste que se perfila como un peculiar desafío para el activismo judicial y el Estado Constitucional de Derecho.

⁴ Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

⁵ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

⁶ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio-diciembre de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., p. 131.

2. En torno a la manida escisión de los derechos humanos en generaciones

Intentaremos exponer con alguna claridad nuestra visión sobre la difundida expresión “generaciones de derechos humanos”, que –consideramos– ha contribuido a alimentar una artificial brecha que se supone separa los derechos civiles y políticos de los DESC. No es casual que prestigiosa doctrina se haya referido a la cuestión como la “fantasía de las generaciones de derechos”⁷.

Sobre el particular, Cançado Trindade subraya que mientras en relación con los seres humanos se produce una *sucesión generacional*, en el ámbito de los derechos se desarrolla un *proceso de acumulación*, de lo que extrae que *los seres humanos se suceden*, al tiempo que *los derechos se acumulan y se sedimentan*⁸. Agrega que desde el prisma de la evolución del Derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no pareciera correcta en términos históricos, puesto que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no acaecieron *pari passu*, porque si bien en el Derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no sucedió de la misma manera en la dimensión internacional, como queda acreditado con las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos⁹.

A su tiempo, Rabossi¹⁰ critica la tesis de las “generaciones de derechos humanos” identificando como una de sus consecuencias más dañinas el hecho de que implica y/o brinda un argumento a quienes predicán que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad –advierte– nada hay en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, ya que las diferencias entre unos

⁷ Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T° I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

⁸ *Ibid.*, pp. 64/65.

⁹ Cançado Trindade, Antônio A., *Para O.N.G.*, N° 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993, pp. 42/43.

¹⁰ Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”. En *Lecciones y Ensayos*, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 49/50.

y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor que citamos resume afirmando que *sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos*.

Para controvertir esta posición, Rabossi enfatiza que la tesis que impugna “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...”¹¹.

Pinto subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa”, al tiempo de argumentar que la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos¹².

Al menos, nos parece que el uso de la expresión “generaciones de derechos humanos”, o de otras de similar calibre, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de ellos puesto que imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es sólo una también. Esa percepción late con fuerza en los Preámbulos del PIDESC y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que claramente se reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrafos 2º de las partes preambulares de ambos instrumentos).

En resumen, la construcción léxica “generaciones de derechos humanos” no puede continuar siendo admitida inercial y acríticamente, sino que merece ser reestudiada, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación arbitraria¹³.

3. Breves notas sobre las exigencias de progresividad y no regresividad de los DESC

Continuando por un instante con el tema abordado en el subapartado anterior, en tanto nos servirá para enlazarlo argumentalmente con el

¹¹ *ibid.*, p. 51.

¹² Pinto, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 56/57.

¹³ *ibid.*, pp. 41 y ss., *pássim*.

asunto que anuncia este epígrafe, vale expresar que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la sustentabilidad semántica de la expresión “generaciones de derechos humanos”.

Tampoco debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en la mentada progresividad de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –civiles y políticos– no legitima la denegación de otros –económicos, sociales y culturales– (ver, v. *gr.*, la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986), pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribió de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

En las denominadas “Normas para la Confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador”¹⁴, que –como se sabe– es el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo: CADH) en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; se especifica que tal presentación se regirá por el principio de progresividad y por un sistema de indicadores de progreso (artículo 5 del Anexo¹⁵), definiendo el principio de progresividad como *el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural* (artículo 5.1). Añade en el ap. 2 de tal artículo 5:

...un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil.

¹⁴ Aprobadas en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 7 de junio de 2005 [AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)].

¹⁵ Bajo el título de: “Normas para la Confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador”.

Tomando tales insumos como plataforma de lanzamiento y pensando en la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos¹⁶, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es sólo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos.

Tal premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad* de los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población¹⁷. Este punto sin duda nos conecta con la tesis del contenido esencial de los derechos, que resulta intangible, y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha mudado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*¹⁸.

Y es precisamente con el telón de fondo descripto donde los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deberán asumir un rol equilibradamente activista para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales, desde un prisma de inacción deferente, como *la-tencia o inocuidad sine die de las normas consagradorias de DESC*, sobre todo cuando se trata nada menos que de derechos fundamentales; problemática que empalma con el tópico que afrontaremos a continuación.

¹⁶ Así ha sido inequívocamente determinado por los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, los que fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos de 2 a 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes; y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

¹⁷ Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En la obra colectiva compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL – CELS. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 147.

III. Interacción del Derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La creciente trascendencia de la intersección del Derecho doméstico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos.

Dichas premisas confirman que la crucial problemática de los derechos humanos es una incumbencia –y debe ser una preocupación– concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional; sin olvidar, por cierto, que ésta presenta un carácter subsidiario y coadyuvante de los ordenamientos nacionales.

En línea con lo anunciado, no está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto –en su caso– en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional¹⁹, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Es que, en general, es condición inexcusable para que quede jurídicamente abierto, *v.gr.*, el acceso al sistema interamericano²⁰, que se haya agotado previamente la vía interna y, de manera semejante, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte Interamericana que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima (sus familiares o representantes legales) la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado renuente.

Es imposible ignorar, por consiguiente, la necesidad de internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos y la no menor trascendencia de propiciar un ensanchamiento de las posibilidades de acceso de la persona a los mecanismos protectorios, internos o internacionales, viabilizando un útil empleo de éstos, ya que es claro que *el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos*²¹.

Y todo ello pese a la gran paradoja que se ha explicado con acierto precisando que aunque se profundice cada vez más una visión crítica y exista una desconfianza creciente respecto del sistema de administración de

¹⁹ Cf. Artículo 68.2 de la CADH.

²⁰ Cf. Artículo 46.1.a de la CADH. Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (artículo 5.2.b).

²¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 918.

justicia, cada día crece la demanda por la justicia²². En otras palabras, mientras mayor es la crítica contra dicho sistema, mayor es también la demanda de justicia por parte de la población²³.

Por su parte, y como herramienta hermenéutica de primer orden, debe tomarse en consideración que, en el ámbito del Derecho internacional, los derechos humanos son cuestiones de *ius cogens*, esto es, de principios generales del Derecho internacional.

Desde una perspectiva genérica, puede observarse que tanto el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas, han establecido la aplicación *–inter alia–* de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, que *–en definitiva–* son los aceptados por las naciones *in foro domestico*. En consecuencia, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de Derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las naciones civilizadas son “obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*”²⁴ (remarcado añadido), razón por la cual la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵ no lo habilita jurídicamente a eximirse del deber de observancia, dado que se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo lo mencionado precedentemente lleva a dirigir el punto de mira hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y genera una trama de relaciones no pocas veces conflictiva. Éstos y otros condimentos de una cuestión de actualidad permanente

²² Cf. Bolívar, Ligia, “Justicia y acceso. Los problemas y las soluciones”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Nos. 32-33, Edición especial sobre ‘Acceso a la Justicia’, per. julio 2001-junio 2002, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, p. 72.

²³ Incluso, varios instrumentos internacionales que ostentan singular valor en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que en Argentina han sido dotados de jerarquía constitucional, ponen de manifiesto la exigencia de que los ordenamientos domésticos aseguren el acceso a la justicia, por ejemplo, los artículos XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la CADH y 14 del PIDCP.

²⁴ Paráfrasis de una afirmación que la Corte Internacional de Justicia vertiera al evacuar la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951: “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Leyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1951, o Recueil, 1951, pp. 23/24.

²⁵ U. N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

nos llevan a reiterar que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad inaplazable, y pasa a simbolizar uno de los retos cruciales a los que se enfrenta la cabal protección del ser humano en el ámbito internacional. Y en esta dinámica, los jueces nacionales se enfrentan a una nueva realidad a la que deben adaptarse, caracterizada –*inter alia*– por la *ampliación del parámetro de control de constitucionalidad de la normativa infraconstitucional*, la que –además de la Ley Fundamental– deberá ser cotejada con los instrumentos internacionales que conforman el estatuto básico de los derechos humanos; complejo tema que retomaremos en el ap. VI.

IV. Los derechos económicos, sociales y culturales en los órganos de cierre de la justicia constitucional en algunos Estados latinoamericanos

1. Preliminar

El tópico que abordáramos en el apartado anterior realza la importancia de la labor a cargo de los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de Justicia en el plano de la justiciabilidad de los DESC.

Cabe recordar que las bases jurídicas, políticas y axiológicas mínimas de sustentación de un cabal Estado (Constitucional) de Derecho²⁶ fincan –entre otros elementos– en: a) una *Constitución suprema y con densidad normativa, al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos, que contienen una fuerte carga preceptiva*; b) *un sistema democrático no declamado sino real*; c) *el goce y el ejercicio efectivos de los derechos humanos*; y d) una *magistratura constitucional* que asegure la normatividad y la primacía constitucionales y el respeto y la realización de los derechos humanos, obviando cualquier pretendida diferencia categorial entre ellos (por ejemplo, entre civiles y políticos y económicos, sociales y culturales).

Justamente, para enfocar la aplicación práctica del desiderátum tuitivo de tales derechos, pueden a modo de ejemplo enunciarse los casos de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Perú, según el sucinto señalamiento que efectuaremos a continuación; luego de lo cual clausuraremos este apartado con breves reflexiones sobre el deber ético y jurídico de los Estados consistente en honrar sin retaceos sus compromisos internacionales.

²⁶ Sobre el tema, puede consultarse la monografía de Bazán, Víctor, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Cuadernos Democráticos N° 1, Fundación Konrad Adenauer (Oficina Ecuador), Quito, 2009.

2. Recorrido jurisprudencial

A. Argentina²⁷

Imbuida de una tónica activista, la Corte Suprema de Justicia ha proporcionado cobertura tuitiva al derecho a la salud, reconocido como derecho fundamental, por ejemplo, *in re* “María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”²⁸, de 30 de octubre de 2007. En esta sentencia, por mayoría²⁹, revocó el fallo que había rechazado la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona con discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues –entre otros argumentos– la Corte consideró en el voto mayoritario que siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. En síntesis, por mayoría, y al tiempo de dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenó se remitieran los autos al tribunal de origen para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo decisorio con arreglo al criterio que sentaba la Corte.

En sintonía, ha dado reiterada protección a los derechos laborales, *v.gr.*, declarando la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo (“Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.”³⁰, de 7 de septiembre de 2004, y “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ art. 39 Ley 24.557”³¹, de 21 de septiembre de 2004) o del tope tarifario implementado en la Ley de Contrato de Trabajo para la cuantificación de la indemnización por despido incausado (“Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/ despido”³², de 14 septiembre de 2004); *defensa de la vivienda única y familiar* (“Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán

²⁷ La nómina de sentencias que se examinarán es necesariamente incompleta y acotada. Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, ver para ampliar Bazán, Víctor, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Bazán, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Sección Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - Ediciones Legales, Lima, pp. 257/300.

²⁸ Fallos, 330:4647.

²⁹ Los posicionamientos en el Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en sendos votos concurrentes, los ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni; y, por último, en disidencia conjunta, los doctores Petracchi y Argibay.

³⁰ Fallos, 327:3610. Votaron coincidentemente los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

³¹ Fallos, 327:3753. La posición triunfante fue sustentada por los doctores Petracchi y Zaffaroni. A su turno, por su voto se pronunciaron los ministros Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

³² Fallos, 327:3677. Se pronunciaron de modo consonante todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria”³³, de 15 de marzo de 2007); *inter alia*.

Ya en materia de *movilidad de haberes previsionales* pueden citarse ejemplificativamente los casos “Sánchez, María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios”³⁴, de 17 de mayo de 2005; y “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes varios”³⁵, sentencias I³⁶ y II³⁷, decisorios dictados respectivamente el 8 de agosto de 2006 y el 26 de noviembre de 2007.

En “Sánchez” se pronunció –por mayoría³⁸– a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones. Al respecto, y si bien entonces no se agotó la polémica ni se brindó respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos da por tierra con el polémico precedente sentado en “Chocobar”³⁹, que en puridad “congeló” la movilidad prestacional consagrada en el artículo 14 bis, párrafo 3º, de la Carta Magna. Entre otras consideraciones de interés, en el considerando 3º del voto mayoritario, se preocupó por aclarar que ratificaba

los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar “jubilaciones y pensiones móviles”, según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el

³³ Fallos, 330:855. Los alineamientos fueron los siguientes: el voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en forma conjunta y coincidiendo con éstos en sus primeros once considerandos, se expidieron los doctores Lorenzetti y Zaffaroni; y, finalmente, la doctora Argibay se expidió por su voto.

³⁴ Fallos, 328:1602.

³⁵ Causa ‘B.675.XLJ’.

³⁶ Fallos, 329:3089.

³⁷ Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 35, emitido más de quince meses después de “Badaro I”. Está registrado en Fallos, 330:4866.

³⁸ La mayoría quedó constituida con los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los ministros Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

³⁹ Fallos, 319:3241, de 27 de diciembre de 1996.

ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos.

Por su parte, en “Badaro I”⁴⁰ detectó la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor, que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna; se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión⁴¹; difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

A su turno, en “Badaro II”⁴², al haber transcurrido un espacio de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante)⁴³, y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella”, por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2°, de la Ley 24463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1.000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que –ante la omisión legislativa– supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de contenido aditivo.

En la misma materia (previsional), puede por último relevarse telegráficamente (por razones de limitación en la extensión de este trabajo), que el 11 de agosto de 2009 se han dictado dos fallos importantes.

⁴⁰ El decisorio lleva la firma de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁴¹ Omisión que se centraba principalmente en el artículo 14 bis, concretamente en la parte referida al derecho a las “jubilaciones y pensiones móviles”.

⁴² Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁴³ Luego del fallo “Badaro I” el Congreso sancionó la Ley N° 26.198 (B.O. de 10 de enero de 2007), aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general del 13% con vigencia desde el 1 de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a \$ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del Decreto N° 1.346/2007 (B.O. de 5 de octubre de 2007) que estableció un aumento general del 12,5% a partir del 1 de septiembre de 2007.

Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descriptas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en “Badaro I”.

En uno de ellos, causa “Elliff, Alberto José c. ANSeS s/ Reajustes varios”⁴⁴, la Corte se pronunció –por mayoría⁴⁵– nuevamente acerca de la ardua cuestión de la actualización de haberes, determinando que los salarios de referencia para calcular el haber inicial del jubilado debían ser actualizados hasta el cese laboral por la variación de los salarios; punto que adquiere importancia ya que dichos salarios son los que se toman en consideración para cuantificar la jubilación inicial, quedando sin efecto la falta de actualización que regía desde 1991. En síntesis extrema del pronunciamiento, el Tribunal se basó en que la Ley de Convertibilidad (dictada precisamente en 1991) no podría modificar lo sostenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que concluyó que no existía ningún fundamento válido que justificase retacear los ajustes de los haberes jubilatorios.

En el restante pronunciamiento, causa “Aban, Francisca América c. ANSeS”⁴⁶, determinó –por mayoría⁴⁷– la inaplicabilidad del tope máximo de haberes en una causa iniciada por un beneficio previsional otorgado por el régimen de la Provincia de Jujuy, el cual había sido transferido a la Nación mediante un convenio celebrado entre ambos Estados (nacional y local) en el año 1996. En definitiva, estableció que los jubilados provinciales de las Cajas transferidas a la Nación deben cobrar sus jubilaciones con la movilidad y sin tope, del modo como lo determinan las condiciones establecidas por las leyes locales por las que se jubilaron antes de ser transferidos.

Para finalizar, puede mencionarse que el 5 de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación firmó un convenio con la ANSeS, para obtener una mayor celeridad en los procesos previsionales, que entre otros puntos establece un sistema de inicio de demandas y notificaciones electrónicas, aunque el cumplimiento de las sentencias del Máximo Tribunal argentino en el punto, continúa resultando muy lenta y dificultosa.

B. Bolivia

El Tribunal Constitucional, en el formato institucional anterior al diseñado por la Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009 (que abroga la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas), ha seguido una laudable vertiente jurisprudencial protectoria.

Pueden citarse, en esa dirección, las Sentencias Constitucionales

⁴⁴ Fallos, 332:1914.

⁴⁵ Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la doctora Argibay.

⁴⁶ Fallos, 332:1933.

⁴⁷ Integraron la mayoría los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la doctora Highton de Nolasco.

411/2000-R, de 28 de abril de 2000, que obliga al Estado a proporcionar tratamiento médico a una enferma crónica y a la realización de hemodiálisis a enfermos renales; 433/2000-R, 530/2000-R y 1.052/2001-R, todas sobre tratamientos médicos de personas con enfermedades crónicas; 0026/2003-R, de 8 de enero de 2003, sobre provisión de tratamiento y medicamentos antirretrovirales a personas con VIH-SIDA; o la 1871/2003-R, de 15 de diciembre de 2003, acerca de la protección que debe dispensarse a la mujer embarazada, respecto de quien, a pesar de su estado de gravidez, se había ordenado su detención preventiva, desconociendo la especial protección que la Constitución reconoce a favor de la maternidad.

C. Chile

Recientemente, el 26 de junio del 2008, su Tribunal Constitucional ha dictado –por mayoría⁴⁸– una sentencia trascendente en la materia, impulsando una posición que había estado demorándose en la percepción del Tribunal.

Nos referimos al Rol 976, Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley 18933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Así, en lo que aquí interesa y poniéndose a tono con la percepción del Comité de DESC de la ONU⁴⁹ (aunque sin mencionar expresamente a este órgano) en cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos, la índole de las obligaciones de los Estados Parte frente al PIDESC y la aplicación de este Pacto en el Derecho interno ha enfatizado que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que *los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica*” –remarcado agregado– (considerando vigesimosexto de la posición mayoritaria).

En otras palabras, ha subrayado la juridicidad –y con ésta, la alegabilidad ante los órganos jurisdiccionales– de los DESC, precisando que éstos no tienen una naturaleza necesariamente distinta de los derechos civiles o políticos, en lo que constituye un paso importante en la evolución de la doctrina judicial del Tribunal.

⁴⁸ El fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes.

⁴⁹ O.G. N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (par. 1 del art. 2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990; y O.G. N° 9, “La aplicación interna del Pacto”, 3 de diciembre de 1998.

D. Colombia

Son igualmente dignos de destacar ciertos aspectos de la labor de la Corte Constitucional que, en el marco de la acción de tutela, ha realizado una interesante labor hermenéutica sobre el carácter o incidencia sociales de aquella acción, además de haber empleado con frecuencia la denominada argumentación “por conexidad”, para “comunicar” a otros derechos (como el de la salud) el carácter de “fundamentalidad” que poseen intrínsecamente algunos (como el derecho a la vida); por ejemplo, *mutatis mutandi*, las Sentencias T-571 de 1992, justamente sobre el *derecho a la salud*, o T-079 de 2008, en torno al *derecho a una vivienda adecuada*.

Tal modalidad de razonamiento se ha aplicado también en el campo del derecho a la seguridad social, por ejemplo, en las Sentencias C-177 de 1998 y SU-1354 de 2000; particularmente en esta última, donde con claridad la asocia al derecho a la subsistencia digna.

De otro lado, y con base en lo afirmado por Osuna Patiño, la Corte Constitucional también ha empleado la argumentación por conexidad en el ámbito de los derechos colectivos, por vía de principios protegibles por la acción popular, aunque les ha dado canalización tuitiva por la acción de tutela (*v.gr.*, la Sentencia SU-1116 de 2001), “cuando la afectación del interés o derecho colectivo vulnera o amenaza ‘por conexidad’ un derecho ‘fundamental del peticionario’”⁵⁰. Por ejemplo, en el derecho a un ambiente sano y su conexión con los derechos a la vida, a la salud (Sentencia SU-116 de 2001), a la integridad física⁵¹.

Tal vez en el “debe” queda la sentencia de 12 de marzo de 2008, en la que el Tribunal por mayoría entendió que existía “cosa juzgada” respecto de la pretensión de análisis de constitucionalidad de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789/2002 de reforma laboral, aferrándose a un decisorio anterior (de 2004) y, por tanto, absteniéndose de realizar el examen constitucional requerido, pese a que dicha reforma laboral había disminuido la protección de los derechos de los trabajadores y no produjo los resultados esperados en materia de generación de nuevos empleos.

Fuera y más allá de los pronunciamientos enunciados, no puede omitirse siquiera una mínima alusión a un decisorio trascendente: la Sentencia T-025 de 2004 sobre *desplazamiento forzado interno* (correspondiente a la Sala 3ª de Revisión de la Corte Constitucional), que determinó al respecto un “estado de cosas inconstitucional” ante las condiciones

⁵⁰ Osuna Patiño, Néstor, “La tutela de derechos por «conexidad»”. En Cepeda, Manuel J. y Montealegre, Eduardo (dirs.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 177.

⁵¹ *ibid.*, pp. 177/178.

de vulnerabilidad extrema en las cuales se encontraba la población desplazada y la omisión reiterada de brindar protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades, violándose los derechos a la *vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños*.

E. Perú

El Tribunal Constitucional ha actuado consonantemente, por ejemplo, en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.” (Sala Primera). Se ventilaba allí una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el citado ministerio, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera. Tal amparo fue acogido sólo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al Tribunal Constitucional por vía de recurso extraordinario.

La sentencia del Tribunal Constitucional ordenó que se considerara a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían *tratamiento integral contra el VIH/SIDA* por parte del Ministerio de Salud, lo que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad, al tiempo de exhortar a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

Es interesante la argumentación que este Tribunal elabora analizando los derechos económicos y sociales en general y, en particular, el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era “necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría*

en situaciones de inconstitucionalidad por omisión” (énfasis añadido, Fundamento 39).

Convergentemente, añadió que “...los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional*” (remarcado agregado, Fundamento 49).

En dirección convergente, pueden contabilizarse *–inter alia–* las sentencias recaídas en Expte. 6.572-2006, sobre *pensión por viudez en caso de unión de hecho*, y 4.646-2007, relativa al *derecho a la educación*.

3. Breves consideraciones finales sobre la cuestión abordada

Naturalmente, lo ideal sería que el Estado previera y evitara posibles incumplimientos en el campo de los DESC, pero si ellos igualmente se configuraran, los remedios nacionales darían a aquél ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales. En un marco genérico de discusión, creemos que no es posible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tomada en consideración, tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión internacional en el respectivo desarrollo de sus funciones: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*⁵², sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Aprehender tal premisa configuraría un buen punto de partida para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos “defectos congénitos” que obstan a catalogarlos como verdaderos “derechos” o a adjudicarles algún “valor jurídico”⁵³, y dejar de lado percepciones que, al mantener que aquéllos no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la “irresponsabilidad” del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan.

Como contrapartida, creemos que tales esfuerzos deberán canalizarse

⁵² Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13 de septiembre de 1989; aludida por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, en el Prólogo a la obra de Cançado Trindade, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp. 11/12.

⁵³ Ver al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

constructivamente y, al superar relativismos y escepticismos, convertirse en aportes para crear, modular y repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que coadyuven definitivamente a *ponerlos en acción*⁵⁴.

En esa línea, más allá de los casos puntuales esquematizados y sin perjuicio de retomar algunos aspectos de la cuestión al analizar el trascendente asunto del control de convencionalidad por los magistrados locales, creemos que se impone una profundización de la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana en el ámbito temático relevado y un *dinamismo prudente* para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, coadyuven a la realización de semejantes derechos que, sin duda, se presentan directamente consustanciados con la dignidad de la persona.

V. Vías de acceso al sistema interamericano por violación a los derechos económicos, sociales y culturales

1. Pórtico

Si no obstante todo lo manifestado en torno a la dimensión local, la presunta víctima de una violación a sus DESC no obtuviera reparación alguna o no la lograra en la medida reclamada, podría intentar canalizar su pretensión en el ámbito interamericano, luego de haber abastecido los requisitos estipulados normativamente para ello, entre los que se cuenta el agotamiento de los recursos en sede interna, salvo las excepciones que permiten sortear tal exigencia.

Consecuentemente, en este sector del trabajo nos ocuparemos de las posibilidades reclamatorias ante los órganos del sistema interamericano, frente al fracaso o la inocuidad de los resortes locales⁵⁵.

⁵⁴ Sobre el tema, ver Bazán, Víctor, por ejemplo en "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Tº II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 547/583.

⁵⁵ Reproducimos aquí algunas ideas volcadas en Bazán, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales, ¿realidad o ficción?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tº IV: "Derechos fundamentales y tutela constitucional", IIJ, UNAM, México, D.F., 2008, pp. 633/662.

2. Mosaico normativo

Esencialmente, las coordenadas tuitivas principales de los DESC transitan los espacios competenciales de la Comisión y la Corte Interamericanas y en buena medida dependen de la interpretación dinámico-evolutiva y correlacionada del contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos VI y VII, además del continuo normativo que se extiende entre los artículos XI a XVI) de 1948; de la CADH (artículos 26 y 42) de 1969; de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1948 (bajo el rótulo de “Desarrollo integral”, en los artículos 30 a 52); y del Protocolo de San Salvador⁵⁶, del que nos ocuparemos seguidamente.

3. En torno al Protocolo de San Salvador

Pese al reducido espacio concedido por el Protocolo de San Salvador a las posibilidades de formalización de *peticiones individuales*⁵⁷ ante la Comisión Interamericana⁵⁸, restringido a las hipótesis de violaciones a la libertad sindical (artículo 8.1. ‘a’) o al derecho a la educación (artículo 13), en los términos del artículo 19.6, *ibid.*; es útil tomar en cuenta la apreciación de García Ramírez, para quien cabe reflexionar sobre algunas hipótesis en las que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible o indispensable la conexión lógica entre aquéllos y éstos⁵⁹.

⁵⁶ El Protocolo ha sido ratificado por Suriname (el 10 de julio de 1990), Panamá (el 18 de febrero de 1993), Ecuador (el 25 de marzo de 1993), Perú (el 4 de junio de 1995), El Salvador (el 6 de junio de 1995), Uruguay (el 2 de abril de 1996), México (el 16 de abril de 1996), Brasil (el 21 de agosto de 1996), Paraguay (el 3 de junio de 1997), Colombia (el 23 de diciembre de 1997), Costa Rica (el 16 de noviembre de 1999), Guatemala (el 5 de octubre de 2000), Argentina (que depositó en Washington el instrumento de ratificación el 23 de octubre de 2003), Bolivia (el 5 de octubre de 2006) y Nicaragua (el 5 de marzo de 2010). El estado actual de ratificaciones (junio de 2011) puede consultarse en: www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm.

⁵⁷ Además de las *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana (a las que aludimos en el texto), en función del artículo 19.1 del Protocolo, los Estados Partes en éste deben presentar *informes periódicos* respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo. El artículo 19.2, *ibid.*, estipula que todos los informes serán presentados al Secretario General de la OEA, quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el propio artículo 19, además de que el Secretario General deberá remitir copia de los mismos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A su tiempo, los informes anuales que presenten a la Asamblea General de la OEA el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes (artículo 19.5, *ibid.*).

⁵⁸ Más allá de ser destinataria de tales *peticiones individuales* según lo programado en el artículo 19.6 del Protocolo, la Comisión Interamericana podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los DESC establecidos en el Protocolo en todos o en algunos de los Estados Partes, las que podrá incluir en el *informe anual* a la Asamblea General o en un *informe especial*, según lo considere más apropiado (artículo 19.7, *ibid.*), teniendo en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por dicho Protocolo (artículo 19.8, *ibid.*).

⁵⁹ García Ramírez, Sergio. *Op. cit.* en nota 6, p. 143.

Desde esa vertiente, y luego de detallar que el Protocolo contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (artículos 1 y 2), asimilables a los deberes del mismo signo que instaura la CADH, el nombrado autor señala que tales obligaciones pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde los diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede en la operación de la Convención y, así, bajo la lente que suministran los artículos 8 y 13, entiende que difícilmente la Corte podría ignorar aquellas obligaciones generales⁶⁰. Finalmente, subraya que el Tribunal podría entrar al conocimiento de casos de discriminación –prohibida por el artículo 3–, si ella se aplicara en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación; lo que también ocurriría con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (artículo 4); por último, acota que la Corte podría pronunciarse sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes, tema que aborda el artículo 5 del Protocolo⁶¹.

Pero además, y ya fuera de las opciones reclamatorias específicas emergentes de este último instrumento, se ha sostenido que el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la CADH (que comprende el acceso a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención) concreta –además de la mentada remisión al Derecho interno estatal– un reenvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, el PIDESC), de tal modo que dicho artículo 25 de la Convención establece un mecanismo de tutela de los precitados derechos⁶².

4. En búsqueda de estrategias protectorias alternativas o indirectas de los DESC

La afirmación que cierra el subapartado inmediatamente precedente nos permite apreciar que el proceso de búsqueda de técnicas alternativas que propicien la exigibilidad judicial de los DESC no debería prescindir,

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 143/144.

⁶² Abramovich, Víctor. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En *Presente y Futuro de los Derechos Humanos [Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez]*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 167.

consiguientemente, de la utilidad que pueden aportar los principios de debido proceso y de igualdad. Veamos:

A. En torno a la primera de tales pautas (exigencia del respeto por el *debido proceso*), ella se erige en una de las herramientas no desdeñables para resguardar los DESC, por ejemplo, a partir de supuestos de excesos rituales manifiestos; dilaciones indebidas en la tramitación de casos, *v.gr.*, relativos a derechos previsionales, viéndose obturada la posibilidad de obtener una sentencia útil y fundada, en el marco de pretensiones encaminadas a lograr la movilidad de los haberes jubilatorios, una relación de proporcionalidad entre las percepciones de los trabajadores activos y los que se encuentran en pasividad, etc.; o sea, cuestiones genéricamente ligadas al derecho a la seguridad social contemplado *–inter alia–* en los artículos 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la DADDH, 9 del PIDESC y 9 del Protocolo de San Salvador.

Y si, como se mencionó líneas arriba, el artículo 25 de la CADH diseña un mecanismo de tutela de estos derechos, y si esta norma debe leerse compaginadamente con el artículo 8, *ibid.* (que establece las normas del *debido proceso legal*), no es irrazonable conjeturar que ambos preceptos se retroalimentan, tejen una sólida matriz tuitiva y refuerzan la apertura de un provechoso canal de preservación de los DESC.

El razonamiento no es extraño a la interpretación formulada por la propia Corte Interamericana, órgano que ha remarcado que *el recurso efectivo que contempla el aludido artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de ese tratado*. Para sustentar esa conclusión ha añadido que de esta última norma “se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”⁶³.

⁶³ Cf. casos “Ximenes Lopes”, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párrafo 193; “Baldeón García”, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párrafos 93 y 146; “Masacre de Pueblo Bello”, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrafo 144; “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrafo 219; “Comunidad Moiwana”, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124, párrafo 147; “Hermanas Serrano Cruz”, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párrafo 63; “19 Comerciantes”, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109, párrafo 186; “Las Palmeras”, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, N° 90, párrafo 59; “Durand y Ugarte”, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, N° 68, párrafo 129; “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’)”, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, párrafo 227.

B. En lo que concierne al segundo de los principios individualizados, ya a partir de un repaso elemental del carácter universal de los derechos humanos se comprueba que éste conduce justamente a la *igualdad*, cuyo corolario es la *no discriminación*⁶⁴.

Y, ciertamente, una fértil estrategia de exigibilidad judicial de los DESC estriba en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

En este punto, es aconsejable recordar que la propia Corte Interamericana, en su trascendente Opinión Consultiva (OC) 18/03⁶⁵, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, ha dicho claramente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante ésta y no discriminación, pertenece al *ius cogens* (párrafo 101); interpretación que, desde nuestro punto de vista, coadyuva a brindar plafón axiológico y jurídico para intentar reclamos en tutela de DESC alegando violaciones a dicho principio fundamental, el que –ya en palabras de la Corte con asiento en Costa Rica– “permea todo ordenamiento jurídico” (id. párrafo) e “impregna toda actuación del poder del Estado” (párrafo 100).

No obstante el avance que significó la interpretación que la Corte Interamericana hiciera del principio de igualdad ante la ley y no discriminación y su ingreso al dominio del *ius cogens*, no puede dejar de señalarse la calificada opinión de Cançado Trindade, quien en su voto separado en el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”⁶⁶, de 4 de julio de 2006, ha advertido –no sin pesar– que en dicho pronunciamiento el Tribunal podría haber avanzado en la ampliación del contenido material del *ius cogens* y del alcance de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, tema sobre el cual el formidable jurista citado (hoy ex juez de la Corte Interamericana) ha puesto de manifiesto que hasta principios de 2004 ésta “venía siendo uno de los tribunales internacionales que más estaba contribuyendo para la evolución del contenido material del *jus cogens*, seguida por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia”, pero, “[p]or alguna razón que escapa a mi comprensión, últimamente parece haberse refrenado en su construcción doctrinario-jurisprudencial al respecto” (párrafo 46).

⁶⁴ Pinto, Mónica. *Op. cit.*, p. 13.

⁶⁵ Corte IDH, Serie A, N° 18.

⁶⁶ *Vid. supra*, en nota 63 a pie de página.

5. Señalamiento esquemático de las posibilidades protectorias en el modelo interamericano

Para graficar genéricamente la cuestión, podría hablarse de una trilogía de situaciones en las que quedarían inmersos los Estados (como sujetos pasivos de denuncias individuales), según su nivel de compromiso con los diversos instrumentos pertinentes en el campo que analizamos. Así, en secuencia decreciente de intensidad del ligamen obligacional, tendríamos que:

A. Una primera línea estaría ocupada por aquellos Estados que son parte de la CADH, han aceptado la competencia de la Corte y han ratificado el Protocolo de San Salvador, los que quedarían vinculados por las disposiciones de la DADDH (artículos VI y VII, además del clausulado que discurre entre los artículos XI a XVII), la CADH (artículos 26 y 42), el Protocolo de San Salvador, y los principios de la Carta de la OEA (artículos 29 a 50). Dichos Estados estarán sometidos, por ende, a la obligación de presentar informes periódicos y podrán, en su caso, ser denunciados ante la Comisión de acuerdo con lo establecido por el artículo 19.6 del Protocolo, siempre que se trate de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1. 'a' y 13, pudiendo *suo tempore* ser demandados ante la Corte. Fuera de estas dos hipótesis, también podrían ser objeto de denuncia ante la Comisión en función de los restantes principios y normas de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA, e incluso podría la Comisión utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables a la luz de los artículos 26 y 29 de la Convención⁶⁷. Sea como fuere, entonces, los Estados denunciados quedarán sometidos a la posibilidad de que la Comisión plantee el asunto a la Corte.

B. En un segundo estamento se localizarían aquellos Estados que son parte de la CADH y han aceptado la competencia del Tribunal Interamericano, pero no han ratificado el Protocolo. En tal supuesto, se daría la alternativa mencionada en el párrafo final del precedente subapartado, o sea, ser denunciados ante la Comisión en función de las cláusulas pertinentes de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA, pudiendo resultar

⁶⁷Esta hipótesis fue planteada por la propia Comisión al resolver si receptaba competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al artículo 10 del Protocolo a través del sistema de peticiones individuales. Si bien respondió negativamente a la procedencia autónoma de una competencia de tal índole, dejó abierta la posibilidad de utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 26 y 29 de la CADH (Informe 29/01, Caso 12.249, "Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador", de 7 de marzo de 2001 –admisibilidad–, párrafo 36).

demandados ante la Corte.

C. En un tercer plano se ubicarían *aquellos Estados que son miembros de la OEA pero no partes en la CADH y, naturalmente, tampoco han reconocido la competencia de la Corte*. En esa hipótesis quedarían expuestos a ser denunciados ante la Comisión sobre la base de las pautas correspondientes de la DADDH (y, suponemos, complementariamente también de la Carta de la OEA), estimulándose la competencia de la Comisión al influjo de los artículos 20 de su Estatuto y 49 de su Reglamento. Sería de aplicación el procedimiento marcado en los artículos 28 a 43 y 45 a 47 de la preceptiva reglamentaria, lo que supone el agotamiento de la cuestión en el marco de la Comisión ante la imposibilidad de elevar el asunto a la Corte.

6. Relevamiento de algunos antecedentes en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos vinculados directa o indirectamente con los DESC

A. La exploración de la labor de ambos órganos protectorios exhibe cómo se abrió incipientemente una práctica que, de consolidarse, permitirá ampliar el horizonte de alegabilidad de los DESC en el marco interamericano, en tanto se visualizan algunos signos que, *v.gr.*, connotan: la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; y la “reconducción social” del derecho individual a obtener ciertas reparaciones de índole patrimonial.

B. A continuación, recorreremos la praxis de ambos órganos sobre el particular para constatar las premisas enunciadas en el párrafo inmediatamente anterior.

a) En la Comisión Interamericana

La tendencia mencionada en el tramo introductorio se hace perceptible en los casos “Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua” (fondo), de 11 de octubre de 2001, donde *por vez primera aquel órgano encontró violación del artículo 26 de la CADH*; y en “Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador”⁶⁸, en el que juzgó merecía abrirse a trámite una denuncia por falta de provisión de medicamentos a pacientes portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

⁶⁸ Ver nota anterior.

("VIH/SIDA"), siendo trascendente la recepción de una petición que se interna en el radio de cobertura de derechos básicos que entroncan directamente con la dignidad humana.

b) En la Corte Interamericana

A su tiempo, el Tribunal Interamericano ha realizado interesantes análisis sobre el tema al amparo de la CADH y, aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados a la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión), e incluso, ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos de contenido económico, social o cultural, o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos⁶⁹.

b.1) Así, y en línea con lo anticipado, el Tribunal ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en "clave social"⁷⁰ o utilizando derechos "conectores" o "puentes" entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en el aludido antecedente "Villagrán Morales y otros (Caso de los 'Niños de la calle') vs. Guatemala"⁷¹ –fondo–, de 19 de noviembre de 1999, donde coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*⁷² y, al aludir al artículo 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes "conectores" entre la mencionada Convención y el Protocolo de San Salvador o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos⁷³.

En el "Caso Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá"⁷⁴ –fondo–, de 2 de febrero de 2001, enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los artículos 16, incisos 2° y 3° de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

b.2) En otro precedente, "Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni vs. Nicaragua"⁷⁵ (cuya sentencia fue emitida en fecha 31 de agosto de 2001), la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno al derecho

⁶⁹ Cftar. García Ramírez, Sergio. *Op. cit.* en nota 6, p. 150.

⁷⁰ Cf. Urquilla Bonilla, Carlos Rafael "Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Nos. 30-31, Edición Especial: "Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2001, p. 277.

⁷¹ *Vid. supra*, en nota 63 a pie de página.

⁷² García Ramírez, Sergio. *Op. cit.* en nota 6, p. 151

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Corte IDH, "Caso Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá", Serie C, N° 72.

⁷⁵ Corte IDH, "Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni vs. Nicaragua", Serie C, N° 79.

indígena⁷⁶, por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el Tribunal en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH*⁷⁷.

Otro tanto ocurrió en el “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”⁷⁸, sentencia de 17 de junio de 2005, y el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”⁷⁹, sentencia de 29 de marzo de 2006. En ellos la Corte remarcó que, para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de una comunidad indígena y que están sujetos a su jurisdicción, al interpretar y aplicar su normativa interna los Estados *deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*, razonamiento idéntico al que el propio Tribunal Interamericano realizó en dichos casos para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión Interamericana y los representantes imputaban al Estado al no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de aquellas comunidades indígenas, ya que desde 1993 (para la Yakye Axa) y 1991 (acerca de la Sawhoyamaxa) se encontrarían en tramitación las respectivas solicitudes de reivindicación territorial, sin que hubieran sido resueltas satisfactoriamente. Todo ello significaba, en la percepción de los reclamantes, la imposibilidad de las comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y la posesión de sus territorios, e implicaba mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

b.3) No puede omitirse siquiera una somera alusión al “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”⁸⁰ (fondo), de 28 de febrero de 2003, ocasión en

⁷⁶ Sobre la temática indígena, ver Bazán, Víctor, por ejemplo en: “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, N° 108, septiembre/diciembre 2003, IIJ, UNAM, México, D.F., pp. 759/838; “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, AA.VV., *Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, T° I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, pp. 171/210, y “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.

⁷⁷ García Ramírez, Sergio. *Op. cit.* en nota 6, p. 153.

⁷⁸ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Serie C, N° 125.

⁷⁹ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, Serie C, N° 146.

⁸⁰ Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Serie C, N° 98.

que la Corte enfocó *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron a la Corte a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado.

Al margen de ello, no puede soslayarse que dedicó un breve espacio a interpretar el artículo 26 de la CADH, reenviando en cuanto a lo que debe entenderse por “desarrollo progresivo” de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en su O.G. N° 3 [“La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”], de 14 de diciembre de 1990, de lo que se sigue que la Corte concibe al artículo 26 de la CADH como consagrador de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados⁸¹.

Sin embargo, con específica referencia al caso que resolvía, no puede disimularse que empleó una fórmula oscura y difusa al indicar que aquel desarrollo progresivo “*se debe medir* en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, *y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente*” (párrafo 147), aun cuando al abrir este mismo segmento de la sentencia había afirmado contundentemente que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales tienen una *dimensión tanto individual*

⁸¹ Nótese que la aludida O.G. N° 3, en su pto. 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” (remarcado añadido).

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida O.G. se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: “La principal *obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. ...*el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (énfasis agregado).

como colectiva" (remarcados añadidos).

Cabría por tanto inteligir que el criterio exegético del Tribunal en torno al artículo 26 de la CADH circunscribe la operabilidad de la norma al caso de que exista una *situación general prevaleciente*, conclusión hermenéutica que, al tiempo de ser reduccionista, aparece desprovista de sustento frente a la configuración léxico-jurídica de dicho precepto convencional y la propia competencia de la Corte que le permite entender en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas constituya un recaudo exigido para viabilizar tal intervención jurisdiccional.

Precisamente, este último punto fue expuesto con claridad en el voto razonado del juez Carlos Vicente De Roux Rengifo, quien, si bien compartió la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la CADH, lo hizo por razones distintas de las planteadas por ésta. Así, aunque compartió la referencia en punto a que es pertinente considerar el hecho de que las cinco víctimas de este caso no son representativos del panorama que conforman los pensionistas del Perú, "el razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, *no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija [que] éstas tengan que alcanzar determinado número*" (énfasis agregado).

La apreciación del citado juez es clara y contundente y no requiere de mayores aclaraciones para graficar que la posición asumida por la Corte en el tópico particular abordado es ciertamente discutible.

b.4) A su tiempo, en el "Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay"⁸², y si bien no consideró necesario pronunciarse sobre el artículo 26 de la CADH, enfocó desde una óptica social los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la CADH). Realizó, así, un análisis respecto de las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación (de las mencionadas cláusulas del Pacto), en relación con los artículos 19 (cuando las víctimas hayan sido niños⁸³) y 1.1

⁸² Corte IDH, "Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112.

⁸³ Además de niños, los hechos que motivaron la condena al Estado paraguayo involucraron mayores

del mismo y con el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

Es interesante resaltar que la Corte advirtió que analizaría el caso a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la CADH impone al Estado, añadiendo que para fijar el contenido y los alcances de este artículo tomaría en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, “ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar” (párrafo 148)⁸⁴.

Es singularmente relevante la percepción que la Corte verbaliza en punto a que, junto a la Convención sobre los Derechos del Niño y la CADH) el Protocolo de San Salvador *forma parte del corpus juris internacional de protección de los niños que debe respetar*.

Por lo demás, y en un aserto en el que subyace la operatividad de los caracteres de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, dejó en claro que en el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH, debía “tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los *derechos civiles y políticos*. *Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales* que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños” —énfasis añadido— (párrafo 149).

Dentro de esta presentación sintetizada al máximo de la cuestión, y entre otros puntos, la Corte decidió que el Estado debía realizar, en consulta con la sociedad civil, en el plazo de seis meses, un acto público de

de edad.

En efecto, la demanda de la Comisión se sustentó en el artículo 61 de la CADH, con el propósito de que la Corte decidiera si el Estado violó, en relación con la obligación establecida en su artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos), el artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención, por la muerte de nueve internos como consecuencia de un incendio, y de uno más fallecido por un disparo. Asimismo, peticionó a la Corte decidiera si el Estado violó el artículo 5 (derecho a la integridad personal), *ibid.*, con relación a la obligación establecida en el artículo 1.1 de la misma, por las heridas e intoxicaciones ocasionadas a un conjunto de niños en tres incendios en el Instituto.

Paralelamente, le solicitó que declarara la violación de los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 19 (derechos del niño), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH, todos ellos en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1, *ibid.*, en perjuicio de los niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López” entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, y de aquellos internos que posteriormente fueron remitidos a las penitenciarías de adultos del país.

⁸⁴ Se apoya en lo que había expresado en el “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párrafo 166; y en el citado “Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la calle) vs. Guatemala”, párrafo 194; como lo indicado en la OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17, párrafo 24.

reconocimiento de responsabilidad internacional y de declaración que contenga la elaboración de una *política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley, que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del Paraguay*, la que debía contemplar, inter alia, estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos que resultaran indispensables para que los niños privados de libertad se encontraran separados de los adultos; para que los niños procesados estén separados de los condenados; así como para la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad.

b.5) El “Caso Huilca Tecse”⁸⁵, en el que luego de reenviar a lo que había mencionado en el párrafo 158 de la sentencia recaída en el “Caso Baena Ricardo y otros” en cuanto a que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos” (párrafo 73), y de recordar que lo señalado en el Protocolo de San Salvador y en el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 17 de junio de 1948, los cuales en sus artículos 8.1. a y 11, respectivamente, comprenden la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente (párrafo 74), consideró que “*el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho*” –remarcado agregado– (párrafo 78).

Por su parte, es significativo que en el párrafo 75 de su fallo el Tribunal se haya sustentado argumentalmente en lo interpretado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuando señaló que “la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona”⁸⁶ (énfasis añadido).

⁸⁵ Corte IDH, “Caso Huilca Tecse vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de marzo de 2005, Serie C, N° 121.

⁸⁶ OIT, Resoluciones del Comité de Libertad Sindical: 233er Informe, Caso 1.233 (El Salvador), párrafo 682; 238° Informe, Caso 1.262 (Guatemala), párrafo 280; 239° Informe, Casos 1.176, 1.195 y 1.215 (Guatemala), párrafo 225, c); 294° Informe, Caso 1.761 (Colombia), párrafo 726; 259° Informe, Casos 1.429, 1.434, 1.436, 1.457 y 1.465 (Colombia), párrafo 660.

Véase también Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Caso López Burgo”, Comunicación 52/1979:

En definitiva, y en cuanto a lo que aquí interesa, la Corte estimó que –en los términos del allanamiento efectuado por el Estado peruano– éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4.1 (derecho a la vida) y 16 (libertad de asociación) de la CADH, y el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la misma, en perjuicio de aquél (ap. 79).

b.6) A su tiempo, en “Ximenes Lopes vs. Brasil”, de 4 de julio de 2006, incurrió por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental que se hallan bajo la garantía –preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables– del Estado y, en un plano más general, declaró que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este punto enfatizó que los Estados deben tomar en cuenta que *los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza, niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales*.

b.7) En el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”⁸⁷ consideró que el Estado peruano violó, en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2, *ibid*.

El párrafo 136 de la sentencia dispone:

En el presente caso los intervinientes comunes alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una

Uruguay, 29 de julio de 1981, CCPR/C/13/D/52/1979 (Jurisprudencia); y Comisión IDH, Caso 4.425 (Guatemala), Resolución 38/81, 25 de junio de 1981, puntos resolutivos 1 y 2.

⁸⁷ 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° 158.

remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (*supra* párrafos 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral. Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones (*infra* párrafo 149).

En otras palabras, eludió referirse a la posible violación del artículo 26 de la CADH, aunque por su interés para el presente trabajo, nos ha parecido conveniente reproducir aquí las elocuentes y acertadas apreciaciones de Cançado Trindade, quien en su voto razonado (párrafo 7) no ocultó su disconformidad con tal párrafo 136 de la sentencia del Tribunal, diciendo:

En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la “metodología” acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que *todos* los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente *exigibles* y *justiciables*, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo (o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos).

b.8) En el “Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú”⁸⁸, la Comisión IDH demandó al Estado peruano por violación a los derechos reconocidos en los artículos 21 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de ésta, por el incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpliera con abonar a los doscientos setenta y tres (273) integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de esa Contraloría General las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que percibían los servidores en actividad de tal organismo que desempeñaran cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados. Advirtió la Comisión que, si bien el Estado había dado cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional al nivelar las pensiones de las víctimas a partir de noviembre de 2002, no había cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril del año 1993 hasta octubre de 2002.

Por su parte, el abogado encargado del Programa de Derechos Humanos del Centro de Asesoría Laboral –CEDAL–, representante legal de los denunciantes ante la Comisión IDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la citada Asociación de Cesantes y Jubilados, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la Corte IDH, peticionando al Tribunal que declare que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos invocadas por la Comisión y, adicionalmente, alegaron que el Estado era responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la CADH, en relación con el artículo 1.1, *ibid*.

A su tiempo, el Estado dedujo una excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación al derecho de seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho de protección judicial y al derecho de propiedad contemplados en la Convención, para añadir durante la audiencia pública que dicha excepción se refería a la pretensión que hiciera el representante en el sentido de que la Corte declarara el incumplimiento del artículo 26 de la CADH. Sobre el punto, el Estado alegó que el derecho a la seguridad social quedaba fuera del alcance competencial del Tribunal, ya que éste no está contemplado en la Convención ni es uno de los dos derechos (sindicales y a la educación) que excepcionalmente serían justificables ante el sistema interamericano, de conformidad con lo señalado

⁸⁸ Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, Nº 198.

en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte desestimó la mencionada excepción preliminar, sobre la base de los siguientes eslabones argumentales:

- que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*), debiendo para ello tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la CADH) presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción⁸⁹ (párrafo 16);
- que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones⁹⁰ (id. párrafo), y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en aquélla (párrafo 97);
- que el Perú es Estado Parte de la CADH y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, por lo que ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o un incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, incluso en lo concerniente al artículo 26 de la misma (párrafo 17); y
- que en el caso en cuestión no se había alegado una violación del Protocolo de San Salvador, por lo que la Corte juzgó innecesario resolver si puede ejercer competencia sobre dicho instrumento (párrafo 18).

En resumen, encontramos aquí un primer punto sustancial: la reafirmación del criterio amplio de la Corte al analizar su competencia *ratione materiae*, juzgando que está suficientemente investida de atribución competencial para examinar violaciones de todos los derechos reconocidos en la CADH, percepción en la que obviamente queda incluido el artículo convencional 26.

Ello así, aunque la Comisión IDH no hubiere alegado el incumplimiento de esta cláusula, pues el Tribunal tiene establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los

⁸⁹ Tal como lo había sostenido en: el “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia sobre Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, N° 54, párrafos 32 y 34; el “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párrafo 23; y “Caso García Prieto y otros vs. El Salvador”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 168, párrafo 38.

⁹⁰ Cf. “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, 26 de junio de 1987, Serie C, N° 1, párrafo 29; y “Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, 12 de junio de 2002, Serie C, N° 93, párrafo 27.

hechos presentados por ésta⁹¹.

Pero además, y con valencia exógena (esto es, que excede el caso puntual), el planteo de la representante legal de los denunciantes ante la Comisión IDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la Asociación de Cesantes y Jubilados, suscitó en la Corte algunos avances argumentales en torno a la progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC, pese a concluir que el Estado no incumplió el artículo 26 de la CADH.

Entre tales consideraciones, pueden relevarse las siguientes:

- el énfasis en la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (párrafo 101);
- que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de DESC, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”⁹² (párrafo 102);
- que en el marco de tal “flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido” (id. párrafo);
- que la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos (id. párrafo);
- que, como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, “que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”; y
- que el Comité de DESC ha señalado que “las medidas de carácter

⁹¹ Cf. “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, cit., párrafo 155; “Caso Kawas Fernández vs. Honduras”, Sentencia sobre fondo, Reparaciones y Costas, 3 de abril de 2009, Serie C, N° 196, párrafo 127; y “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de enero de 2009, Serie C, N° 195, párrafo 32.

⁹² O.G. N° 3, cit., párrafo 9.

deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”.

- que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”⁹³; y
- que de todo ello la Corte concluye que *la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate*.

b.9) Finalizando esta aproximación, y antes de dejar paso a las consideraciones de cierre de esta contribución, cumple advertir que, en lo que respecta a “reparaciones”, la Corte ha construido “progresivamente” una interpretación fecunda a partir del escueto artículo 63.1 de la CADH, plasmando la “reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales”⁹⁴.

Lo expuesto puede verificarse en sendas sentencias sobre reparaciones recaídas en los casos “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”⁹⁵ (de 10 de septiembre de 1993) y en el citado “Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tigni vs. Nicaragua”, además de los aquí también mencionados “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, “Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” y “Ximenes Lopes vs. Brasil”.

VI. En torno a los controles de constitucionalidad y convencionalidad

La importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional (de Derecho).

Insistimos que no es un dato menor que en el “Caso Almonacid Arellano”,

⁹³ Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrafos 140 a 147.

⁹⁴ García Ramírez, Sergio. Op. cit. en nota 6, p. 155.

⁹⁵ Corte IDH, “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, Serie C, N° 15.

aquel Tribunal haya expresado:

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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. 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.*⁹⁶ (Remarcado añadido).

Es más, dicho *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, subrayó que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”⁹⁷.

Entre otros argumentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad –que representa una manifestación de la observancia por el juez local de la jurisprudencia internacional– puede explicarse utilizando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada:

por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la

⁹⁶ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, Nº 154, párrafo 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, Nº 162, párrafo 173.

⁹⁷ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, *cit.*, párrafo 128.

aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la “piedra de toque” del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal⁹⁸.

Y tal obligación, marcada y subrayada por la Corte IDH a la que ya nos referíamos en otro sector del trabajo, lejos está de ser una entelequia. Es realidad tangible y obligatoria que involucra a toda nuestra judicatura, en cuyo arsenal de insumos analíticos con que cuenta para dar vida a la argumentación de sus sentencias no puede estar ausente la letra de la CADH –ni la del resto de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos⁹⁹ –; como tampoco sería válido prescindir de la lectura que del texto y el espíritu de tal pacto ha realizado el nombrado Tribunal Interamericano¹⁰⁰. En la dinámica de interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste 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.

De ello da buena explicación García Ramírez, para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte IDH,

...no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar
centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional
–lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–,

⁹⁸ Jimena Quesada, Luis. “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”. En Revenga Sánchez, Miguel (coordinador), *El Poder Judicial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en Conforti, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez...”, cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

⁹⁹ En esa línea, el doctor Sergio García Ramírez ha señalado en su voto razonado a la sentencia de la Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit. en notas 87 y 97 a pie de página, deja sentado su criterio en punto a que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párrafo 2).

¹⁰⁰ Ver para ampliar, 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”. En *Revista de Derecho Político*, Nº 73, UNED, septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373

es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el «criterio de interpretación y aplicación», éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales¹⁰¹.

Al solo efecto ejemplificativo, acotamos que la Corte Suprema de Justicia argentina ha dictado el fallo “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”¹⁰², de 13 de julio de 2007, en el que –por mayoría¹⁰³– para moldear su plataforma argumental en un *hard case* que giraba en torno al análisis de constitucionalidad de la atribución presidencial de emitir indultos que benefician a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (*vid.*, *v.gr.*, el considerando 31 de la moción mayoritaria)¹⁰⁴, transcribió el párrafo 124 de la sentencia recaída en “Almonacid Arellano”, resultando singularmente significativo el considerando 21 de la posición triunfante de nuestro Máximo Tribunal en relación con el deber del Poder Judicial local de realizar el *control de convencionalidad*. Esta faena supone dilucidar si una norma interna es o no “convencional”, ya que –como expuso la Corte IDH en el “Caso Boyce y otros”– no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH¹⁰⁵.

Antes de cerrar este ensayo, permítasenos expresar que la retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad –labores ambas

¹⁰¹ *Loc. cit.* en nota 99, párrafo 8.

¹⁰² Fallos, 330:3248.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Sobre éste y otros temas relativos al rol institucional del Máximo Tribunal nacional, ver Bazán, Víctor, “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 20, enero-junio de 2009, IIJ, UNAM, México, D.F., pp. 4/63; y “La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2009, pp. 33/88.

¹⁰⁵ Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párrafo 78.

que a nuestro entender deben los magistrados desarrollar tan prudente como tenazmente, incluso *ex officio*¹⁰⁶— se hace, por tanto, evidente en el marco de un creciente espacio interactivo del Derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos; ámbito de convergencia que tiene al juez —ordinario o constitucional, según corresponda— como protagonista, y no como mero espectador pasivo, aunque siempre guiado por un activismo mesurado y reflexivo. Acudiendo nuevamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, pareciera que en principio ésta ha zanjado la cuestión, cuando en el considerando 10 de un reciente fallo (resuelto unánimemente el 31 de agosto de 2010): “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”¹⁰⁷, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, recordando que dicho Tribunal Interamericano “ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo 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” (remarcado agregado).

Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio¹⁰⁸ por parte del Máximo Tribunal argentino; al tiempo que se hace perceptible el mensaje que éste transmite a los órganos judiciales inferiores para que se conduzcan en sentido convergente.

VII. Valoraciones conclusivas

1. En este trabajo hemos defendido que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y que,

¹⁰⁶ Con relación al tema del control de constitucionalidad de oficio, reenviamos a Bazán, Víctor, por ejemplo, en: “Desmitificando la prohibición de ejercer el control de constitucionalidad de oficio en el orden federal argentino”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000, pp. 301/321; “El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Revista de Derecho Político*, N° 60, UNED, Madrid, 2004, pp. 385/423; y “El control judicial de constitucionalidad de oficio frente a la alegada violación del principio de separación de poderes”. En Resnik, Mario H. (coord.), *Teoría del Estado. Colección de análisis jurisprudencial*. La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 381/403.

¹⁰⁷ Fallos, 333:1657. Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

¹⁰⁸ Sobre el tema del control de convencionalidad de oficio, ver Bazán, Víctor, por ejemplo en “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 15/44.

de ninguna manera, media separación antinómica.

El empleo léxico de la expresión “generaciones de derechos humanos” u otras equivalentes no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria. De ello se sigue –en palabras de García Ramírez– que, planteado el *carácter integral de los derechos*, corresponde afrontar igualmente el *carácter integral de su protección*¹⁰⁹.

Al ser unitaria la dignidad humana, la escisión de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹¹⁰ en la dimensión fáctica.

Cuando menos, podría convenirse que tal fórmula no puede ser admitida automática y acríticamente, sino que, como alternativa de “mínima”, debe ser repensada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria¹¹¹.

2. El respeto por los DESC y su realización fáctica vinculan genéricamente a los clásicos poderes del Estado: al *Ejecutivo*, al diseñar las políticas sociales; al *Legislativo*, al dictar las cláusulas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y al *Judicial*, al aplicar e interpretar la normativa emanada por los órganos competentes, salvar las omisiones inconstitucionales¹¹² e inconvencionales¹¹³ en que éstos incurran, supervisar la progresividad sustentable de aquellos derechos y procurar enervar los

¹⁰⁹ García Ramírez, Sergio. Op. cit. en nota 6, p. 131.

¹¹⁰ Cf. Cançado Trindade, Antônio A. En el prólogo a la citada obra de Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, p. II.

¹¹¹ Rabossi, Eduardo. Op. cit., pp. 41 y ss., *pássim*.

¹¹² Sobre el tema pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos de Bazán, Víctor: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171/269; “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 41/108; “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20, Universidad del Externado, diciembre de 2007, Bogotá, Colombia, pp. 121/144; “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed. ampl., IIJ, UNAM, México, D.F., 2007, pp. 75/270.

¹¹³ Ver Bazán, Víctor. “Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”. La Ley, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 1240/1256.

intentos de regresividad a su respecto.

Sin embargo, es innegable que la actividad de la magistratura jurisdiccional adquiere singular importancia desde que, como *mutatis mutandi* ha afirmado Méndez, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado, siéndole indiferente al Derecho internacional que se lo haga por vía administrativa, legislativa o judicial, sin perjuicio de lo cual –agrega–, “ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno”¹¹⁴.

Es también relevante la intervención del Poder Judicial porque su actuación –al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión de los DESC– produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues como *mutatis mutandi* se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente por medio de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria¹¹⁵.

3. En la búsqueda de estrategias de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC en el ámbito interno, el denominado “litigio estratégico” es “recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos”. De tal manera:

...mediante distintas causas judiciales es posible develar y exponer patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan los derechos humanos. Pero también –y esto es fundamental en la actualidad– es posible generar una herramienta útil para promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se activa a partir del reclamo de los grupos afectados... Someter a la consideración de los tribunales los conflictos que están ausentes de la agenda de los poderes

¹¹⁴ Méndez, Juan E. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”. En Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 532.

¹¹⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. En *Hechos y derechos*, Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos, Vol. 7, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 2000, p. 26.

políticos es un modo de insertarlos en la discusión pública y otorgarles visibilidad¹¹⁶.

Asimismo, dentro de otras técnicas argumentales alternativas que propicien la exigibilidad judicial de los DESC pueden contabilizarse los *principios de igualdad y de debido proceso*.

En cuanto al primero de ellos, nadie podría válidamente dudar –al menos desde el “deber ser”– que el carácter universal de los derechos humanos conduce a la igualdad, cuyo corolario es la no discriminación¹¹⁷. Y, justamente, una útil herramienta de justiciabilidad de los DESC estriba en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

En relación con el segundo de los principios nombrados, la exigencia del respeto por el debido proceso –algunas de cuyas irradiaciones están ordenadas a evitar demoras irrazonables en los litigios, cercenamientos de la defensa en juicio, etc.–, para cuyo abastecimiento es dable exigir complementariamente una actitud no reduccionista en punto a la legitimación, entendida ésta como llave de acceso a la jurisdicción, desechando posiciones excesivamente formalistas que impongan arbitrarias cortapisas a la apertura procesal.

4. En el presente trabajo se ha intentado hacer foco en las posibilidades tuitivas nacionales e internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano, para lo cual se parte de la base de que, indudablemente, una de las pautas que muestra si verdaderamente existe o no “voluntad política” de los Estados para garantizar la real vigencia de los derechos humanos¹¹⁸, es la proclividad a admitir la revisión de sus actos u omisiones por órganos internacionales.

Sea como fuera, no está en discusión que en realidad el Estado debería fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, previendo y evitando posibles incumplimientos u otras violaciones en la materia.

5. En la misma línea analítica, premisa de significativa actualidad es la concerniente a la búsqueda de una *coexistencia armónica de los*

¹¹⁶ Así se explica en una publicación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Introducción”, *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Siglo XXI Editores, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, pp. 17/18.

¹¹⁷ Pinto, Mónica. Op. cit., p. 13.

¹¹⁸ En lo que atañe a ese punto, los Principios de Limburgo destacan que los Estados Partes deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC (párrafo 10).

tribunales constitucionales o de los órganos que hagan sus veces y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos¹¹⁹, sobre todo, a partir del creciente proceso de recíproca incidencia del Derecho interno y el Derecho internacional de los derechos humanos y de la indiscutida existencia de una suerte de *amparo interamericano*¹²⁰ previsto por la CADH (artículo 25).

De una u otra manera, este precepto convencional internacional tiene encarnadura en un importante número de Estados Partes de dicho Pacto en el arco latinoamericano, los que aun cuando empleen denominaciones diversas para identificarlo (“acción de tutela” en Colombia; “recurso de protección” o “acción de protección”, respectivamente en Chile y Ecuador; “*mandado de segurança*” en Brasil, y “acción, recurso o proceso de amparo” en el resto de los países que lo programan), reconocen un propósito subyacente común: *la cobertura tuitiva cabal de los derechos fundamentales*.

6. La creciente evolución del Derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes jurídicas que pueden generar antinomias y demandar un esfuerzo argumentativo suplementario.

En ese punto no puede obviarse la obligatoriedad que pesa sobre los magistrados locales de llevar adelante, incluso de oficio, el control de convencionalidad –por conducto del principio *jura novit curia*–, que se retroalimenta con el control de constitucionalidad.

En materia de protección de DESC, es preciso profundizar la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana, que deberá hacer gala de un *dinamismo prudente* para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, aporten a la vigencia efectiva de tales derechos y les reconozcan carácter de fundamentalidad.

No puede obviarse que Constitución, con la carga normativa que le es

¹¹⁹ Un acercamiento a tal problema puede compulsarse en Bazán, Víctor, “Protección transnacional de los derechos humanos. El sistema interamericano y algunas cuestiones procedimentales novedosas y conflictivas ante la Comisión y la Corte Interamericanas”. En Masciotra, Mario (dir.), *Derecho Procesal Constitucional*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 43/120.

¹²⁰ Sería injusto omitir traer a colación aquí, por su importancia anticipatoria en el tema al que esta nota se refiere, el libro de Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas y San José de Costa Rica, 1998; o *mutatis mutandi* –entre otros aportes– la obra de Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, D.F., 1993, pp. 45 y ss., quien se refiere a un “recurso de amparo individual a nivel supranacional”, que Ayala Corao cita en el mencionado libro (pp. 76/77 y nota 83 a pie de página).

inherente, e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la CADH y los patrones hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico.

7. La pauta de interpretación conforme a la CADH como patrón interpretativo a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos no impide advertir la conveniencia de que se genere un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discrepancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional. Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de los derechos humanos en nuestro espacio regional*.

Es que, como se ha afirmado con referencia específica a la Argentina pero en reflexión válida *ad extra*,

...el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de diálogo crítico ue la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana en este caso¹²¹. Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional*

¹²¹ La apreciación contenida en el texto se refiere a la causa “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” (Fallos, 327:5668), resuelta por la Corte Suprema de Justicia argentina, por mayoría, el 23 de diciembre de 2004.

Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, se pronunciaron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y los ministros Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

En dicho decisorio, el Máximo Tribunal argentino admitió el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la Corte IDH, cuyas decisiones –sostuvo la Corte Suprema– resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (artículo 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (considerando 6° de la mayoría).

*argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*¹²² (énfasis agregado).

8. La visualización de la labor de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos exhibe de qué manera va abriéndose paso una incipiente práctica que, de consolidarse, permitirá ensanchar las probabilidades de alegabilidad de los DESC en el contexto interamericano, ya que, básicamente en el Tribunal con sede en Costa Rica, se vislumbran determinados signos que denotan *–inter alia–*: la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de ciertas facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; y la “reconducción social” del derecho individual a obtener reparaciones de índole patrimonial.

Para afianzar y acrecentar tal incipiente tendencia aperturista, y más allá de las opciones específicas que brinda el Protocolo de San Salvador, los peticionarios deberán formular planteos creativos y animarse a explorar nuevos caminos argumentales ante la Comisión, como vía de acceso al

Previamente, dejó sentado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de setiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs. Argentina”, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (idem, considerando 5°).

Añadió que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad –énfasis añadido– (idem, considerando 10).

En síntesis, el Alto Tribunal nacional (específicamente a través del voto de los doctores Zaffaroni y Petracchi, que encabezó el fallo) no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” (idem, considerando 15).

¹²² Abramovich, Víctor, “Introducción. Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI-VII.

sistema. Así, y en tren de compendiar las posibles estrategias de exigibilidad ante ella, pueden ubicarse ejemplificativamente las siguientes¹²³: enfocar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de los civiles y políticos, por ejemplo, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con los DESC; focalizar la consagración de éstos como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos; invocar el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los DESC; y alegar la obligación de no regresividad de los Estados en la materia.

9. En un marco genérico de discusión, para concluir y a modo de mensaje envolvente de los diversos rubros temáticos perfilados en este trabajo, creemos que es imposible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones: *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Además, y precisamente en relación con estos últimos, Nino enseña –*mutatis mutandi*– que “todos los así llamados ‘derechos sociales’ deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹²⁴.

¹²³ Cf. Contarini, Eugenia *et. al.* “Argentina”. en *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, San José de Costa Rica, 1999, p. 135.

¹²⁴ Nino, Carlos S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

LOS DERECHOS HUMANOS POLÍTICOS Y EL DERECHO A LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN LOS PRECEDENTES DE LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO

"[Es] Frente al Estado, donde se da nueva proyección a los derechos de la persona a fin de colocarlos por encima de los derechos del Estado y hacer del individuo sujeto de derecho internacional y, por lo tanto, permitir que sus derechos individuales puedan ser objeto de protección por parte de la comunidad internacional organizada y jurídicamente regulada a través de tratados. Este es el contenido de la relación jurídica individuo-Estado formalizada en el concepto de derechos humanos".

CIDH INFORME ANUAL 1990-1991, 2

I. Introducción

El objeto de protección de los derechos humanos políticos es la relación jurídica "individuo – Estado" que se establece en el ejercicio de la soberanía del pueblo, en el proceso de la elección de sus representantes, en el acceso al poder y en la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Los derechos humanos políticos son esencialmente democráticos y su cumplimiento sólo se realiza en condiciones de libertad y de igualdad ante la ley, tanto en cuanto a la representación como a la participación política del ciudadano, y el respeto de los derechos de las minorías. El Estado está obligado a garantizar las condiciones óptimas para el ejercicio pleno de los derechos políticos en un marco de legalidad, razonabilidad, y efectividad.

En nuestro tiempo, en el siglo XXI, la democracia representativa y participativa concebida como forma de Estado encuentra indubitable

fundamento jurídico en los derechos humanos, los cuales proclaman en su plexo normativo a los derechos políticos como una parte integrante –de manera interdependiente e indivisible– de los mismos.

El fortalecimiento y desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos se inicia junto al nacimiento de un nuevo Derecho internacional que a mediados del siglo XX, en la posguerra, tuvo por finalidad generar estándares internacionales para lograr una convivencia pacífica que permitiese el progreso y el desarrollo humano, como también el establecimiento de un orden internacional más justo.

Los derechos políticos se constituyeron en una categoría jurídica que como tal pasó a integrar el plexo normativo de los derechos humanos, tanto en el sistema normativo universal como en el regional americano y en ambos desde sus primeros instrumentos.

II. Panorama universal

La Carta de las Naciones Unidas y los principios que la conforman son la piedra angular del Derecho internacional actual, con un alto grado de reconocimiento internacional y pretensión de universalidad; se sustentaron y se sustentan en la voluntad soberana y manifiesta de los Estados para poner en vigencia la organización de las Naciones Unidas y su sistema de cooperación y protección internacional. El principio pacta sunt servanda, que es uno de los ejes jurídicos esenciales del sistema de la Naciones Unidas, es el que orienta hacia el interior de los Estados partes la aplicación y vigencia real de las normas de fuente internacional, tornando los sistemas jurídicos nacionales permeables a las mismas, y obligando a garantizar los compromisos asumidos en sus territorios respectivos y en la relación con los ciudadanos tanto individual como colectivamente¹.

Corresponde recordar en este orden de ideas, a su vez, que el Derecho internacional de los derechos humanos, que se erige hoy como un *corpus iuris* universal, fue concebido como un pilar del nuevo Derecho internacional y del nuevo orden internacional de posguerra. La Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco en 1945, con la finalidad de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos

¹ En ese sentido conf. Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados: Arts. 18, 19, 26 y 27.

Artículo 26. *Pacta sunt servanda* “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Artículo 27. El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados 1. *Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.* ...3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

indecibles...", incluye en su parte normativa aquellos primigenios mandatos que luego se enriquecieron con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y su desarrollo progresivo constante. Así, los "Propósitos de las Naciones Unidas" impulsaron a la comunidad internacional a "Realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;...", y luego, en el artículo 55 proclamó: "...con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones basadas en el respeto de la igualdad de derechos y en la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá, ...c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades". Estos mandatos se reafirman en el artículo 56, donde los Estados se obligan a ser garantes del cumplimiento de tal compromiso y de hacer realidad esos propósitos².

Los derechos humanos políticos como tales aparecen por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, que es el instrumento que ha allanado el camino a la construcción de un orden jurídico que tutela al ser humano como sujeto de derecho internacional frente a los Estados, y facilita la adopción de diversos tratados de derechos humanos a nivel mundial y regional, y, de hecho, se la cita en los preámbulos de todos ellos.

En su artículo 21, declara que *la soberanía popular es la base del poder público*, y, por tanto, toda autoridad pública tiene su fundamento en la *voluntad del pueblo*, y agrega que los *derechos humanos* deben ser protegidos por un *régimen de derecho*. Precisamente, se establecen las categorías jurídicas supranacionales que conforman hoy los derechos humanos políticos en el Estado democrático y social de derecho: toda persona tiene el derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de sus representantes libremente escogidos y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país; la voluntad del pueblo es la base del poder público y esta se expresa

² Carta ONU. Artículo 55: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverác. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Artículo 56: Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55".

mediante elecciones auténticas, periódicas, por sufragio universal, igual, secreto u otro procedimiento que garantice la libertad del voto.

Se reconoce allí una relación esencial entre soberanía del pueblo, democracia representativa y derechos humanos. Permite sostener entonces que la primera categoría es a la segunda como la segunda es a la tercera; por lo que la vigencia de los derechos humanos se erige en la columna medular de la consolidación del Estado social y democrático de derecho.

Veinte años después de la DUDH, se produjo el segundo paso trascendente en el progreso del Derecho internacional de los derechos humanos con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigencia internacional casi treinta años después de la Declaración Universal, el 23 de marzo de 1976.

Por este Pacto, que constituye una fuente internacional de cumplimiento obligatorio para los Estados partes, estos asumen el deber de generar y sostener las condiciones que permitan a cada persona gozar –sin distinción de ningún tipo– tanto de sus derechos civiles y políticos como de sus derechos económicos sociales y culturales, conforme a su Preámbulo y a los artículos 2 y 3. En el artículo 2.1., se establece el compromiso de respeto y garantía por parte de los Estados partes hacia todos los individuos que se encuentren en sus territorios y bajo su jurisdicción de todos los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación alguna. Luego, el artículo 3 se refiere especialmente a la igualdad de géneros. En su artículo 25, el Pacto se ocupa de los siguientes derechos políticos, distinguiendo: el de participar en los asuntos públicos; de votar y ser elegido/a, en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal y voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

Para profundizar un tanto más este panorama normativo y su desarrollo en el contexto universal, es importante considerar los resultados de las dos Conferencias mundiales sobre derechos humanos que fueron convocadas por las Naciones Unidas y que han marcado hitos irreversibles en su desarrollo y su expansión. Así, en Teherán en 1968 se declaró la obligatoriedad y la indivisibilidad de los derechos humanos, señalando:

La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional. Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles,

la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social...

En la segunda Conferencia mundial, celebrada en Viena en 1993, se declaró “la interdependencia, la indivisibilidad, la universalidad y la obligatoriedad de los derechos humanos” con la siguiente fórmula:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero *los estados tienen el deber*, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Subrayado propio).

A modo de síntesis de lo expuesto, el funcionamiento de los derechos humanos políticos es parte de una integralidad jurídica que conforma un *corpus iuris* internacional cuya realización resulta obligatoria para los Estados partes, y que, por tanto, hace necesaria una interpretación y aplicación coherente con estos paradigmas, en las respectivas jurisdicciones estatales de las partes. Señalado esto, corresponde analizar su correspondencia con el sistema de protección regional interamericano.

III. Sistema Interamericano de Protección: Derecho a la democracia y derechos humanos políticos

Aspectos normativos

En el contexto regional, la paulatina consolidación del paradigma democrático y de los derechos humanos políticos se produjo en sintonía con los desarrollos universales. La Organización de los Estados Americanos y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos desempeñaron un papel gravitante en el desarrollo progresivo regional, tanto en el reconocimiento como en la vigencia real del derecho a la democracia y sus garantías. Esto se verifica en los desarrollos jurídicos y normativos.

En los aspectos normativos, los derechos humanos políticos tuvieron un

desarrollo positivo con normas propias, simétricas y armónicas con las vigentes en el sistema universal y que ampliaron, por su parte, el contenido tradicional de la democracia representativa del contexto universal a la categoría de democracia participativa y al derecho a la democracia.

A. Carta de la Organización de los Estados Americanos

El primer instrumento interamericano es la Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos³ donde se expresan dos elementos fundamentales, uno es el propósito de “Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”, (artículo 2, b), y otro es el principio de “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (artículo 3, d).

La elaboración jurídica hemisférica, impulsada desde este principio de la Carta, se desarrolló produciendo numerosas y sucesivas manifestaciones jurídicas sobre el vínculo entre democracia representativa y derechos humanos⁴, y entre la primera y los derechos humanos políticos en especial. Por primera vez en 1951, en ocasión de la Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, se emite la Resolución VII, titulada “Fortalecimiento y Ejercicio Efectivo de la Democracia”, en que se considera que la solidaridad de las repúblicas americanas requiere “el ejercicio efectivo de la democracia representativa, la justicia social y el respeto y la vigencia de los derechos y deberes del hombre”.

En 1954, se destacó especialmente la importancia del sufragio universal y su vínculo con la democracia en la Resolución XXX, aprobada durante la Décima Conferencia Interamericana de Caracas, en la cual se resolvió: “Tributar homenaje a los países que han incorporado en su legislación el derecho de sufragio en favor de los analfabetos, procurando así ampliar y fortalecer las instituciones de la democracia representativa”⁵.

³ Adoptada en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948, Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967 en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985 en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992 en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993 en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴ En reuniones de consulta, conferencias interamericanas, resoluciones de la Asamblea General Resoluciones 510 (X-0/80); 543 (XI-0/81); 618 (XII-0/82); 666 (XIII-0/83); y 742 (XIV-0/84).

⁵ (Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento 1945-1954, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington D.C., 1956, pág. 312).

La Asamblea General en su Resolución AG/RES. 837 (XVI-O/86) sobre “Derechos Humanos y Democracia”, considerando la afirmación previa de la CIDH en su Informe Anual de 1985-1986⁶, Resuelve: “...reafirmar el derecho inalienable de todos los pueblos americanos a elegir libremente un sistema político, económico y social sin injerencias externas, por medio de un auténtico proceso democrático, en un régimen de justicia social, en el que todos los sectores de la ciudadanía gocen de las garantías necesarias para participar libre y efectivamente mediante el ejercicio del sufragio universal”⁷.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha vuelto sobre este aspecto. Merecen señalamiento el Informe Anual 1990-1991 y el Informe 137/99, en el caso 11.863, en los que ha expresado:

...la democracia representativa –uno de cuyos elementos centrales es la elección popular de quienes ejercen el poder político– es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. A diferencia de la Organización de Naciones Unidas, el sistema interamericano ha incorporado una norma expresa en su Carta constitutiva, el artículo 3(d), según el cual la solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política sobre la base del ejercicio *efectivo de la democracia representativa*. (Subrayado de la Comisión).

Y continúa señalando: “El artículo mencionado complementa la invocación realizada en el Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos cuando los Representantes manifiestan que seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...”⁸.

⁶ CIDH Informe Anual 1985- 1986: “reiterar la urgente necesidad de que los gobiernos que aun no han restablecido el régimen democrático representativo de gobierno, pongan en ejecución los mecanismos institucionales que sean pertinentes para restaurar dicho régimen en el más breve plazo, mediante elecciones libres, secretas e informadas, toda vez que la democracia constituye la mejor garantía para la vigencia de los derechos humanos y es ella el firme sustento de la solidaridad entre los Estados del Continente”.

⁷ *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: recopilación de instrumentos básicos*. Daniel Zovatto, compilador. IIDH 1987.p. 307. i. Derechos Humanos y Democracia.

⁸ CIDH, Informe 137/99 Párrafos: 31 Y 32 (caso 11.863 Andrés Aylwin Azócar y otros –Chile– 27 de diciembre de 1999) e Informe Anual 1990-1991, “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos

B. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948

En su artículo XX establece el derecho al sufragio y de participación en el gobierno, y el derecho de toda persona legalmente capacitada a tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

C. Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), del 22 de noviembre de 1969

Se agrega posteriormente al *corpus iuris* de los derechos humanos y alcanza vigencia internacional el 18 de julio de 1978. En el artículo 23, se proclama la obligación de garantizar los derechos políticos en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, y se reconocen los derechos de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y el acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La reglamentación de estos derechos en las jurisdicciones nacionales está expresamente restringida en el sentido que los Estados partes sólo podrán establecer limitaciones por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La CADH, a su vez, contiene una norma que establece un blindaje extra, en el artículo 27^o de la Convención Americana, referido a la suspensión

y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, p. 549 y ss.

⁹ Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

de garantías “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte...”, no se autoriza la suspensión del ejercicio de los derechos políticos de acuerdo con la enumeración que realiza en su inciso 2. Lo que significa que los derechos humanos políticos integran ese mínimo irreducible y universalmente reconocible de normatividad *–ius cogens*¹⁰— que hace a la protección de la persona humana, y que en el desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos se expande en un proceso no regresivo, que incluye indudablemente las garantías judiciales¹¹ y tiende a la inclusión de las normas *erga omnes* fundadas en los principios generales del Derecho ampliamente reconocidos y, también, las normas perentorias del Derecho consuetudinario¹².

D. Carta Democrática Interamericana

Es tan importante y consubstancial al sistema hemisférico el concepto de democracia representativa y su protección que no sólo lo consagró en sus textos desde sus documentos originarios sino que creó todo un mecanismo de protección hemisférica, para el caso de que en uno de los Estados miembros se rompa el orden democrático. Tal es el propósito y el mandato de la Resolución 1080 de la Asamblea General celebrada en 1991 en Santiago de Chile y del llamado “Protocolo de Washington” de 1992, que ameritó una reforma de la Carta para consagrar este propósito, el cual entró en vigencia en 1997.

Se ha insistido sistemática y sucesivamente, señalando la existencia de una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos definidos en el *corpus iuris* interamericano y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado, y también como derecho a la democracia. En el mismo contexto, se señala la vinculación entre derechos humanos y democracia, y entre esta y el desarrollo integral y el combate a la pobreza.

Así, en fecha más reciente se ha elaborado y aprobado la Carta Democrática Americana¹³, el 11 de septiembre de 2001, donde se proclama el “derecho a la democracia de los pueblos” y “la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla”, y se la vincula de manera esencial con el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

¹⁰ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

¹¹ Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Corte I.D.H. (Ser. A) N° 13 (1993).

¹² Cansado Trinidad, Antonio Augusto. *Los derechos no susceptibles de suspensión en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*. IIDH, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo IV.

¹³ Carta Democrática Interamericana. Documentos e Interpretaciones. Consejo Permanente OEA Ser. G/CP-1 Washington DC 2003.

La Carta Democrática, si bien no es un tratado internacional, constituye, sin embargo, una fuente jurídica supranacional. Su fuerza y aplicabilidad devienen de ser un instrumento interpretativo de la CADH aprobado por la Asamblea General, luego de un largo proceso de análisis y estudio realizado por los 34 miembros de la OEA que pone en evidencia un grado mayor de compromiso en el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática de los miembros.

El eje jurídico que enuncia apunta a la vigencia real de la democracia representativa y participativa, así, el artículo 1 proclama: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

Es de la mayor relevancia la consagración de la democracia como derecho cuyo titular son los pueblos de América. Resume el camino del desarrollo jurídico en materia de soberanía popular, derechos humanos políticos y democracia representativa.

El artículo 2, por su parte, establece: “El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.

La democracia representativa

El artículo 3 describe los elementos esenciales de la democracia representativa y señala entre otros: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículos 4, 5 y 6¹⁴): el derecho a la información transparente de las actividades

¹⁴ Carta Democrática Interamericana: “Artículo 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Artículo 5. El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades.

gubernamentales; responsabilidad de los gobiernos por la gestión pública; libertad de expresión y de prensa; respeto a los derechos sociales; subordinación de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; fortalecimiento de los partidos políticos y régimen de financiación transparente; participación de la ciudadanía en decisiones que afectan su propio desarrollo.

Estos preceptos se enlazan con el artículo 7, en tanto expresa: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”.

IV. Los derechos humanos políticos y la cuestión de género en el contexto universal y el regional americano

El derecho humano a la igualdad de los sexos en el ejercicio de los derechos humanos políticos reveló la existencia de barreras de género y dio lugar a que los derechos humanos de la mujer fueran objeto de protección específica en tres tratados internacionales que incluyen los derechos políticos de las mujeres en igualdad de posición y de acceso que los hombres.

En el contexto universal, la igualdad y la no discriminación de la mujer en el ejercicio de sus derechos políticos se convierten en un capítulo gravitante dentro del *corpus iuris* de los derechos humanos, que requirió una mirada específica en el contexto de los derechos políticos. Tres tratados internacionales se ocupan de estos derechos, en primer término, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos Políticos de la Mujer, que fue aprobada por Resolución AG 640 (VII) el 20 de diciembre de 1952 y entró en vigor en el ámbito internacional el 7 de julio de 1954, siendo ratificada por la República Argentina. Se establecen tres categorías de derechos políticos de las mujeres que resultan elementos básicos para la participación política de las ciudadanas. Así, se consagra que tendrán los derechos siguientes: i) votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna; ii) ser elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación

Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

alguna; iii) ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna. Posteriormente, es la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, firmada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, A.G. Res. 34/180, que vuelve sobre la cuestión cuando en su artículo 7 establece la obligación de los Estados partes de garantizar la participación de la mujer en la vida política y pública en las mismas condiciones que los hombres, y para ello consagra el derecho de elegir y ser elegible para los cargos públicos; la participación en la elaboración de las políticas públicas gubernamentales y en su ejecución; participación en las organizaciones políticas no gubernamentales y asociaciones políticas; la posibilidad de representar a su gobierno internacionalmente y la participación en las organizaciones internacionales; y los mismos derechos que los hombres en cuanto a la nacionalidad, circunstancia que no cambiará por el matrimonio, o sea que resulta inherente a su personalidad jurídica. En la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem do Pará– de 1994, se reconoce el derecho de toda mujer al goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos y, en especial, se reconoce el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones. En el artículo 12 establece la competencia de los mecanismos de protección del sistema interamericano por las violaciones al artículo 7 de esta Convención.

V. Mecanismos Interamericanos de Protección de los Derechos Humanos y la interpretación de los derechos humanos políticos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como órgano principal de la Carta de la OEA, fue investida con la función de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en todos los Estados miembros¹⁵. A pesar de que en el hemisferio americano se ha logrado consolidar de forma casi unánime el sistema de la democracia representativa, conserva toda su vigencia la labor de la Comisión, como órgano principal de la Organización de los Estados Americanos, para

¹⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 106.

perfeccionar y corregir aquellos efectos derivados de actos estatales que pueden resultar violatorios de las obligaciones asumidas por los Estados miembros bajo la Declaración o por los Estados Partes de la Convención Americana.

La CADH, posteriormente, estableció los medios de protección competentes¹⁶ y designó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica. La Corte es el intérprete último del contenido del Derecho internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Luego, se integraron sucesivos instrumentos convencionales al sistema de protección: el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁷; y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁸.

Tanto la CIDH como la Corte IDH se han expresado acerca de los distintos aspectos vinculados a los derechos políticos: principio democrático y su estrecha vinculación con los derechos humanos políticos; con otros derechos humanos; la representación; la participación; la igualdad y no discriminación; la efectividad; las elecciones auténticas, periódicas y universales; el debido proceso electoral; los órganos electorales y los partidos políticos.

¹⁶ CADH, artículo 33 y ss.

¹⁷ Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. Artículo XIII. Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

¹⁸ Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. "Artículo 11. Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos".

1. El principio democrático: “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”

En el análisis de los derechos humanos políticos resulta necesario abordar, en primer término, los criterios que han brindado los órganos competentes del sistema interamericano de protección en cuanto a la relación entre democracia representativa y derechos humanos, para luego visualizar la relación entre éstos y los derechos humanos políticos, y aquellos otros directamente involucrados en diversos aspectos de los derechos humanos políticos.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han señalado reiteradamente a lo largo de los años que el principio democrático es fundante de todo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Principio democrático que se asienta en la soberanía popular. La Corte IDH en la OC 8/87 y 14/93¹⁹, párrafo 31, sostuvo: “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”.

La CIDH en el Informe Anual 1990-1991, en la Resolución 1/90 sobre México y en el Informe 137/99²⁰ sobre Chile, expresó: “la democracia representativa –uno de cuyos elementos centrales es la elección popular de quienes ejercen el poder político– es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos”.

Años más tarde, en el Informe 137/99 (sobre Chile), destacó la estrecha vinculación que existe entre democracia representativa y derechos humanos y señaló la diferencia con el sistema universal de protección de los derechos humanos que: “A diferencia de la Organización de Naciones Unidas, el organismo regional americano ha incorporado una norma expresa en su carta constitutiva, el artículo 3.d., según la cual la solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, *requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa...*”, y agregó: “El artículo mencionado complementa la invocación realizada en el

¹⁹ Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por la CIDH.

Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, sobre la competencia de la Comisión para calificar y dar su criterio, como fundamento de su intervención, en el caso de comunicaciones que alegan una violación a los derechos protegidos por los artículos 23, 24 y 25 de la Convención, sobre la regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, en cuanto a su “razonabilidad”, “conveniencia” o “autenticidad”. Solicitud de los Gobiernos de Argentina y Uruguay s/ Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

²⁰ Informe 137/99 caso 11.863 Andrés Aylwin Azócar y otros –Chile– 27 de diciembre de 1999. (párr. 31 y 32).

Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos cuando los Representantes manifiestan que seguros de que *el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...*". En ese mismo informe destacó y recordó que ella (la Comisión) "...ha señalado en varias oportunidades la estrecha vinculación que existe entre la democracia representativa y la protección de los derechos humanos. En efecto, la Comisión ha expresado que la democracia representativa –uno de cuyos elementos centrales es la elección popular de quienes ejercen el poder político– es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos...".

En el mismo sentido consideró:

34. En la Reforma producida a la Carta de la OEA con el Protocolo de Cartagena de 1985, el concepto de democracia representativa fue incorporado al Preámbulo en estos términos: "Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". Y en el artículo 2, literal (b), estableció como propósitos esenciales de la Organización "promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención".

35. La relación entre la democracia representativa y la vigencia de los derechos humanos ha sido reafirmada en varias reuniones de consulta, conferencias interamericanas, protocolos adicionales y resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. En efecto, la Asamblea General de la Organización ha reafirmado en numerosas oportunidades la relación entre democracia representativa y derechos humanos, enfatizando la necesidad del ejercicio de los derechos políticos a fin de elegir a las autoridades del gobierno. Es así como la Asamblea General ha recomendado "...a los Estados miembros que no lo han hecho que restablezcan o perfeccionen el sistema democrático de gobierno, en el cual el ejercicio del poder se derive de la legítima y libre expresión de la voluntad popular, de acuerdo con las características y circunstancias propias de cada país".

2. La relación del principio democrático, los derechos humanos políticos y otros derechos estrechamente vinculados a su ejercicio: “relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos así definidos y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado”

La interpretación coincidente de la CIDH está contenida en dos informes: el Anexo a la Resolución 1/90 relativa a tres casos similares donde se ventilan las denuncias contra los Estados Unidos Mexicanos por violaciones a los derechos políticos, y que se reitera en el Informe 137/99, “Aylwin Azócar y otros vs. Chile”, en cuyo párr. 38, ha sostenido:

41. La elaboración jurídica hemisférica ha insistido, por su parte, *en la existencia de una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos así definidos y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado, lo cual a su vez supone la vigencia de otros derechos humanos fundamentales*. En efecto, el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esta soberanía, elige a sus representantes —en las democracias indirectas— para que ejerzan el poder político. Estos representantes, además, son elegidos por los ciudadanos para aplicar medidas políticas determinadas, lo cual a su vez implica que haya existido un amplio debate sobre la naturaleza de las políticas a aplicar —libertad de expresión— entre grupos políticos organizados —libertad de asociación— que han tenido la oportunidad de expresarse y reunirse públicamente (derecho de reunión). (El destacado es agregado).

44. En suma, *el ejercicio de los derechos políticos es un elemento esencial del régimen de democracia representativa, lo cual supone, además, la vigencia de otros derechos humanos; la tutela de esos derechos civiles y políticos, en el marco de la democracia representativa, implica también la existencia de un control institucional de los actos que ejercen los poderes del Estado, así como la supremacía de la ley*”. (El destacado es agregado)

La CIDH en el Informe 137/99²¹ señala también que, en la tradición jurídica hemisférica, el ejercicio de los derechos políticos se da en el contexto del régimen democrático de gobierno con el necesario desarrollo y promoción de los derechos económicos sociales y culturales, sin cuya

²¹ Informe 137/99 caso 11.863 Andrés Aylwin Azócar y otros —Chile— 27 de diciembre de 1999.

adecuada vigencia el ejercicio de aquellos resulta severamente limitado y la permanencia misma del régimen democrático, gravemente amenazada. En el caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 6 de agosto de 2008, p. 143, la Corte IDH destaca la importancia del ejercicio efectivo de los derechos políticos como un fin en sí mismo y un medio fundamental para garantizar los demás derechos humanos previstos en la convención.

En la sentencia recaída en “Cepeda Vargas vs. Colombia”, del 26 de mayo de 2010, la Corte destaca en el párrafo 172 la estrecha relación entre “el derecho político de acceso al poder y su ejercicio” y “la obligación del Estado de garantizar las condiciones para tal ejercicio” y “la libertad de expresión”; y en 173 expresa:

En este sentido, es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.

A. Derechos humanos políticos y la libertad de expresión en el contexto de una campaña electoral

La Corte IDH tuvo oportunidad de expresar su interpretación sobre el ejercicio de la libertad de expresión durante una contienda electoral, y su estrecha vinculación con la democracia representativa y participativa, el pluralismo, la tolerancia y los partidos de oposición.

En “Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004 consideró:

88. La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones²² constituye un bastión fundamental para

²² Corte IDH, Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004. En relación a la libertad de expresión, artículo 13.1. de la CADH: “78. Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión ‘no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios’. En este sentido, la expresión y la difusión

el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

La Corte IDH, en el análisis del caso Canese, realizó un estudio comparado con los sistemas de protección de derechos humanos universal y europeo, y encontró coincidencia en el grado de protección, y también ratificó el criterio sustentado por ella misma en su Opinión Consultiva OC-5/85 donde hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión:

...la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre...

de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

79. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el querrellado, efectuadas en el marco de la contienda electoral, y publicadas en dos diarios paraguayos, permitían el ejercicio de la libertad de expresión en sus dos dimensiones".

3. Derechos humanos políticos, la obligación de garantía en el derecho interno. Su reglamentación. Artículos 1.1 y 2 y 23 CADH²³ y el principio de no intervención

El Estado democrático y social de derecho garantiza el ejercicio y el goce de los derechos humanos y, por ende, de los derechos políticos. Este modelo tiene, sin embargo, variantes según el contexto político y social de cada Estado concreto.

La garantía a los derechos humanos se explicita jurídicamente, no sólo en un conjunto de normas supranacionales ratificadas por los Estados, sino que estas también conforman una unidad lógico-jurídica en constituciones democráticas, poniendo en evidencia el compromiso asumido por los Estados partes del sistema de protección internacional de los derechos humanos en el contexto internacional, conforme al principio *pacta sunt servanda* que sustenta la solidaridad internacional.

En materia de derechos humanos políticos, la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos. Esto, significa que el Estado no está constreñido a una forma determinada de actuar en su Derecho interno.

Los Estados partes de la CADH y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tienen el deber de respetar los derechos y libertades de la Convención y establecer garantías efectivas para proteger su ejercicio.

En la Resolución 136/99 la CIDH señala el vínculo estrecho entre la necesidad de promoción y consolidación de la democracia representativa dentro del principio de no intervención. En su p. 34 considera que la reforma de la Carta de la OEA con el Protocolo de Cartagena de 1985 expresamente incorporó en el Preámbulo el concepto de democracia representativa como la condición indispensable para la estabilidad de la paz y el desarrollo de la región, y estableció como propósitos esenciales de la organización “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. Al mismo tiempo, en el artículo 2.b. de la Carta se estableció como propósitos esenciales de la Organización “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”, lo cual implica que los Estados tienen el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno según

²³ El artículo 2 de la CADH establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

los paradigmas comprometidos en la Convención, y que constituyen lineamientos de mínima. Es en las disposiciones del Derecho interno en donde se encuentran reguladas las garantías y son el medio que torna operativos los derechos supranacionales en la jurisdicción nacional. Todo ello conforme a los artículos 1.1. y 2 de la misma.

Es relevante el juego entre el principio democrático, principio de no intervención y obligación de garantizar la vigencia de los derechos humanos en cuanto a los derechos humanos políticos. Las interpretaciones de la CIDH y de la Corte IDH han sido consistentes a lo largo del desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos, e insisten en la necesidad de una normativa interna operativa, una organización institucional en materia electoral, y un control jurisdiccional interno sobre el órgano electoral.

Al respecto, resultan relevantes los Informes de la CIDH 1/90 y 98/03, y dos sentencias recientes de la Corte IDH recaídas en el caso “Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos” y en el caso “Yatama vs. Nicaragua”.

La CIDH en el informe 1/90, párr. 88 señaló: “...la obligación consignada en el artículo 2 de la Convención de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades... conlleva la obligación del Estado Parte de adaptar su legislación interna cuando ella adoleciera de defectos que impidieran o dificultaran la plena vigencia de los derechos reconocidos por la Convención y, en este caso específico, los derechos protegidos por el artículo 23”.

La Corte IDH expresó en la sentencia del 23 de junio de 2005 en el caso “Yatama vs. Nicaragua”, que el Estado está obligado a la expedición de normas y al desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la CADH, y a la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las mismas. Las medidas del Derecho interno deben ser efectivas (principio del *effet utile*), y el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.

Respecto a la Constitución de Nicaragua²⁴, señaló que, si bien ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en la materia

²⁴ Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005. “171. La Constitución Política de Nicaragua establece en su capítulo VI un Poder Electoral independiente de los otros tres poderes y cuyo órgano de mayor jerarquía es el Consejo Supremo Electoral (artículo 129). La Constitución dispone que respecto de las resoluciones de dicho Consejo en materia electoral ‘no habrá recurso alguno, ordinario ni extraordinario’ (artículo 173.14), la Ley de Amparo estipula que no procede el recurso de amparo ‘[c]ontra las resoluciones dictadas en materia electoral’ (artículo 51.5), y la Ley Electoral establece que ‘[d]e las resoluciones definitivas que en materia de partidos políticos dicte el Consejo Supremo Electoral’”.

no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado: “Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos”.

En este sentido, la Corte IDH sostuvo especialmente la necesidad del control jurisdiccional en materia electoral, sujetando el órgano electoral a un control jurisdiccional, de manera de establecer si sus actos se han conformado a los paradigmas de mínima que establece la CADH:

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste 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 las establecidas en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Ese control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral (*supra* párr. 150).

En el caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 6 de agosto de 2008, la Corte IDH reiteró las consideraciones ya vertidas en 2005 en Yatama y profundizó en los aspectos organizativos e institucionales que tienen relación con la autenticidad (p. 159): “En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos...”.

En ese orden de pensamiento, la interpretación sistematizada de la Corte IDH en relación a la reglamentación de los derechos políticos, que surge tanto en el caso “Yatama”²⁵ como en “Castañeda Gutman”, establece

²⁵ Corte IDH “Yatama vs. Nicaragua”, “204. De acuerdo al artículo 29. a) de la Convención *no se puede*

parámetros acerca del correcto ejercicio del derecho a elegir y ser elegido:

1. Los derechos políticos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (Yatama p. 204).
2. La facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el Derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana²⁶ (Castañeda Gutman p. 185).
3. El Derecho internacional no impone un sistema electoral determinado, ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido (Castañeda Gutman p. 162).
4. La Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (Castañeda Gutman p. 149).
5. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos (Castañeda Gutman p. 149).
6. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación conforme al principio de la democracia representativa (Yatama p. 206).
7. La reglamentación debe garantizar la celebración de elecciones

limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial.

206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención, se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

207. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, 'promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia', para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas".

²⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 29. a *in fine* de dicho tratado, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo (Yatama p. 207).

8. La reglamentación de los derechos políticos debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (Yatama p. 206 /Castañeda Gutman p. 149).

9. El principio de legalidad exige la definición previa de los requisitos para la participación en condiciones generales de igualdad en la contienda electoral (Yatama p. 206).

10. La estipulación clara del debido proceso electoral (Yatama p.206).

4. El sistema electoral

La reglamentación de un sistema electoral se trata, sin duda, de una obligación positiva del Estado, consistente en el diseño de un sistema con garantías, que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos.

En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites que tiene el Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención.

Los Estados tienen el deber de organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

Están obligados a garantizar el ejercicio de los derechos políticos de manera concreta. Deben generar los mecanismos institucionales y organizativos de los procesos electorales, disponiendo medios y normas internas en orden a dar operatividad al artículo 23, que es una norma no operativa.

Así lo sostuvo la Corte IDH en “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”:

159. En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el

derecho a la protección judicial, son derechos que “no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención..., si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible”²⁷.

5. Autenticidad de las elecciones

La categoría jurídica de “autenticidad de las elecciones” está haciendo alusión al contexto general en que estas se desarrollan y a los aspectos normativos e institucionales que se deben poner en ejecución durante el proceso electoral en sí mismo. Así lo han entendido los mecanismos de protección interamericanos en los momentos en que tuvieron intervención respecto de situaciones conflictivas.

La Carta Democrática Interamericana sintetiza, ratifica y proclama como uno de los elementos esenciales de la democracia representativa “la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como la expresión cabal de la soberanía del pueblo” (Carta Democrática Interamericana, artículo 3).

Toda vez que la voluntad popular es la base de la autoridad del poder público, en los términos de la Declaración Universal, resulta coherente que el método de designación de las autoridades del Estado se realice a través de elecciones.

En este aspecto, los instrumentos universales y regionales coinciden en que las elecciones deben poseer ciertas características específicas: deben ser auténticas (*genuinas* para la Declaración Americana), periódicas, universales y ejecutarse de manera tal que preserven la libertad del elector en la expresión de su voluntad, que debe ejercerse por voto secreto y en condiciones de igualdad: “...para lograr su plena vigencia, las elecciones deben ser auténticas, universales, periódicas, y realizadas

²⁷ Cf. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A Nº 7, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

a través del voto secreto u otro método que preserve la libre expresión de voluntad del elector. No basta, pues, con una reglamentación legal sino que se requiere de una actitud positiva en su adecuada implementación, de acuerdo con los principios generalmente reconocidos, que deben regir en una democracia representativa...”²⁸.

En el Informe CIDH 1/90, sobre los casos 9.768, 9.780 y 9.828 en que se denuncian violaciones a los derechos políticos en México, la Comisión ha señalado que la autenticidad en el acto de elegir a los representantes, en el sentido que dispone la Convención Americana, significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de interferencias que distorsionen la voluntad de los ciudadanos.

La Comisión también consideró que respecto de la autenticidad de las elecciones existen dos categorías de fenómenos relevantes para el análisis; por un lado, lo referido a las *condiciones generales*, y por otro, *la organización del proceso electoral y la realización del comicio*, fenómenos estos últimos vinculados al sistema legal e institucional que organiza las elecciones.

En relación a las condiciones generales, se consideraron como aspectos negativos: el ambiente de inseguridad, la carencia de garantías individuales, las restricciones a las libertades públicas, la utilización de los recursos del Estado generando desventajas con la oposición, el acceso a los medios de comunicación, las prácticas realizadas al amparo de la falta de controles existentes para las acciones gubernamentales, la carencia de libertad de expresión, graves restricciones al derecho a la libertad personal de los opositores, serias violaciones al derecho a la libertad de reunión, la intimidación de opositores y presiones contra los electores para apoyar a los candidatos oficialistas, tanto por parte de altos funcionarios gubernamentales como por parte de oficiales de las Fuerzas de Defensa (Haití, Panamá, Paraguay, Chile, Nicaragua).

Es relevante la ratificación del paradigma en el mismo informe 1/90, reafirmando la necesidad de un contexto democrático en condiciones generales que coadyuven a la libre expresión de la voluntad del elector: “al analizar los alcances del artículo 23 de la Convención, en el sentido de que, para lograr su plena vigencia, las elecciones deben ser auténticas, universales, periódicas, y realizadas a través del voto secreto u otro método que preserve la libre expresión de voluntad del elector. *No basta, pues, con una reglamentación legal sino que se requiere de una*

²⁸ CIDH Informe 14/93 caso 10.956 México, 7 de octubre de 1993. Denuncia de violación de los derechos políticos de pobladores del Estado de Juárez. 2.2. (párrafo 4).

actitud positiva en su adecuada implementación, de acuerdo con los principios generalmente reconocidos, que deben regir en una democracia representativa”.

En el en el caso “Bravo Mena vs. Estados Unidos Mexicanos”, Informes 7/93 y 14/93, la CIDH reitera “...asimismo, respecto a la conformación de los órganos electorales, la importancia que para las democracias representativas tiene el hecho de que las condiciones generales en que se desarrollen los procesos electorales garanticen a todas las agrupaciones que participen en ellos una situación equivalente”.

En cuanto al otro aspecto vinculado con la autenticidad de las elecciones, lo constituyen la *organización del proceso electoral y la realización de la votación misma*, también al respecto han existido numerosos pronunciamientos de la Comisión Interamericana en relación con situaciones específicas analizadas en sus informes anuales o especiales. Presenta en el informe 1/90 la referencia a situaciones en El Salvador, Cuba, Paraguay, Chile, Panamá; situaciones donde pone en evidencia la manipulación de las candidaturas de la oposición y las normas de los estatutos electorales que dan prioridad al partido de gobierno, o sin garantías de imparcialidad por parte de los órganos encargados de ejecutar las normas electorales. También los pronunciamientos de la CIDH se han referido a la organización del procedimiento empleado para la emisión del voto y para el control de sus resultados, tanto en sus aspectos legales como institucionales. La actividad de la Comisión Interamericana al respecto ha tenido por objeto obtener elementos de juicio que permitan evaluar la adecuación de la voluntad popular con los resultados finales de la consulta electoral, puesto que a ello se refiere la “autenticidad” de las elecciones expresada en los instrumentos jurídicos, tanto universales como regionales de derechos humanos. Al hacerlo, la Comisión ha actuado en ejercicio de las funciones y competencia que le asigna la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aspecto que se considera en el punto siguiente.

Las observaciones efectuadas por la Comisión se han referido a los aspectos operativos como: los registros electorales y las condiciones para inscribirse en ellos; la conformación de las mesas electorales; la composición del tribunal electoral y sus facultades; la existencia de boletas electorales comprensibles y carentes de influencia sobre el elector; el procedimiento empleado para la emisión del voto y el control de sus resultados, tanto en sus aspectos legales como institucionales.

6. Periodicidad de las Elecciones

La periodicidad ha sido motivo de pronunciamientos de órganos

competentes del sistema interamericano y caracteriza al derecho de elegir y ser elegido, y a la democracia representativa y participativa. La periodicidad tiene que ver con la necesidad de escrutinio popular sobre el desempeño de las autoridades.

La Corte IDH ha expresado: “El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...” (Castañeda Gutman p. 159).

La idea de la democracia representativa lleva a que las decisiones valorativas de trascendencia sean realizadas por representantes democráticamente electos, con el contrapeso de que si esas decisiones no son aprobadas o refrendadas por el pueblo, éste puede sancionarlos con la no reelección.

La idea misma de los redactores del constitucionalismo moderno ha sido buscar soluciones a los abusos de los representantes, para evitar que los legisladores se confundieran con las leyes. De allí las elecciones democráticas, para que la gente, por su propia voluntad, elija los representantes con quienes se siente identificada y evite que traicionen su confianza con el castigo de la no reelección.

7. Sufragio universal e igual y la libre expresión de la voluntad de los electores

La regla interpretativa de la CIDH, que surge del Informe 137/99, considera que todo sistema electoral debe garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. Aplica el principio de “un voto por persona”, y el de “el voto de un elector es de igual valor que el de otro”. A tal fin, se deben utilizar métodos de asignación de votos que no comporten discriminación alguna contra grupos o restrinjan irrazonablemente su derecho a elegir libremente a sus representantes²⁹.

A su turno, la Corte IDH, en Yatama, 2005, p. 198 expresó: “El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos

²⁹ CIDH Informe 137/99, en relación a este aspecto señaló: “21. ... *todo sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores.* Debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, *el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro.* La delimitación de los distritos electorales y el método de asignación de votos no deben desvirtuar la distribución de los votantes ni comportar discriminación alguna contra ningún grupo, ni tampoco excluir o restringir en forma irrazonable el derecho de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes”.

puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán”.

Ambas interpretaciones no dejan lugar a dudas que el derecho a la igualdad política debe nutrir el sistema electoral, y que la Convención Americana establece la imposibilidad de que los Estados partes de la misma den un tratamiento irrazonable distinto o desigual a sus ciudadanos a la hora de elegir a sus representantes. Por ello, este derecho implica que los Estados partes deben establecer un régimen electoral que no reduzca o diluya la posibilidad efectiva de los votantes de elegir a sus representantes.

8. Cupo Femenino

A. CIDH, María Merciaridi de Morini vs. Argentina. Informe 103/01

Se petitionó a la Comisión Interamericana que el partido político Unión Cívica Radical de la Provincia de Córdoba había conformado de común acuerdo entre sus dirigentes la lista de seis candidatos a diputados nacionales para la elección del 3 de octubre de 1993, colocando en los puestos tercero y sexto a mujeres, sin tener en cuenta que el mencionado partido sólo renovaba a cinco de sus bancas nacionales; con ello se configuró la violación a la Ley 24012 de Cupo que garantiza que un 30% en los cargos electivos de las lista de partidos políticos debe ser cubierto por mujeres. Por otra parte, el Decreto 379/93, que reglamenta la ley y detalla que el 30% de los cargos a integrarse por mujeres debe interpretarse como una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinara fracciones inferiores a la unidad, el concepto de cantidad mínima se regirá por una tabla anexo A que integra el mismo cuerpo normativo. Se adujo que la lista del partido político no se adecuó a la norma vigente y las autoridades electorales rechazaron su petición en la que, una vez producido el acto electoral, valoraron como abstracta. La peticionaria sostuvo que la cuestión no era abstracta y que representa un interés colectivo por su trascendencia social. Consideró la peticionaria que se violaron sus derechos y que, en el caso, toda persona tiene el derecho a presentar una impugnación sin que sea necesario que se trate de una persona perjudicada con motivo del lugar que ocupe en las listas electorales. Se violaron, en los hechos, los artículos 8, 25, 23 y 24. La claridad del alegato de la peticionaria condujo a la Comisión a que hiciera lugar a la demanda de la misma y compartió los criterios alegados. El caso se resolvió con una Solución Amistosa, conforme surge de las Resoluciones 102/01 y 103/01. Cabe recordar que la cuestión obtuvo una solución definitiva en Argentina con la reforma constitucional de 1994

en su artículo 37, segundo párrafo, que garantiza la igualdad real entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral.

9. Derechos humanos políticos y el derecho de participación política: derecho a ser elegido

El acceso al poder y su ejercicio conforme al Estado de derecho es uno de los elementos centrales de la democracia representativa y participativa. El principio de la democracia participativa es el que nutre el “derecho humano a la participación política” y constituye un sistema legítimo para lograr la vigencia de los demás derechos humanos. Se encuentra incluido en todos los instrumentos internacionales sobre la materia y ha sido objeto de una reiterada protección por los mecanismos interamericanos de tutela.

En el Informe sobre la “Situación de los Derechos Humanos en El Salvador”, (OEA/Ser. L.V/ II.45, doc. 23 rev.2, 17 noviembre 1978, p. 126), la CIDH señaló:

El derecho de tomar parte en el gobierno y de participar en elecciones genuinas, periódicas, libres y de voto secreto, es de fundamental importancia para la salvaguardia de los derechos humanos.

La razón de ello radica en que, tal como lo demuestra la experiencia histórica, los gobiernos derivados de la voluntad del pueblo, expresada en elecciones libres, son los que proporcionan la más sólida garantía de que los derechos humanos fundamentales serán observados y protegidos.

En el derecho a la participación política hay cabida para una gran variedad de formas de gobierno, siendo muchas las alternativas constitucionales que existen en cuanto al grado de centralización de los poderes del Estado o la elección y atribuciones de los órganos encargados de su ejercicio. Sin embargo, el marco democrático es elemento necesario para el establecimiento de una sociedad política donde puedan darse los valores humanos plenos.

En la Resolución 137/99, la CIDH consideró la estrecha vinculación entre el derecho a ser elegido y de elegir, en p. 15:

La realización efectiva del derecho y la posibilidad de presentarse a cargos electivos garantiza que todas las personas con derecho de voto puedan elegir entre distintos candidatos. Toda restricción

del derecho a presentarse a elecciones, como la fijación de una edad mínima, deberá basarse en criterios objetivos y razonables. *Las personas que de otro modo reúnan las condiciones exigidas para presentarse a elecciones no deberán ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio*, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política. Nadie debe ser objeto de discriminación ni sufrir desventajas de ningún tipo a causa de su candidatura.

En 2004, en el caso “Yatama vs. Nicaragua”, que se ventiló ante la Corte IDH, en relación a la participación en las elecciones del año 2001 de agrupaciones políticas indígenas y étnicas, la imposición de requisitos formales que actuaron como obstáculos e impedimentos a la participación eficaz en calidad de candidatos en elecciones municipales, afectando como consecuencia directa negativa el derecho a votar, de hecho, se reflejó en una abstención del 80% de los votantes de la Región del Atlántico Sur.

En el caso, se puso en evidencia la vulneración de varios artículos como consecuencia de la vulneración del derecho a ser elegido y participar de la contienda electoral: 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial), 8.1 (garantías judiciales), 1.1 (obligación del Estado de garantizar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno).

La afectación del derecho a ser elegido y participar de la contienda electoral está íntimamente vinculado al derecho de igualdad ante la ley, y con las obligaciones generales de garantizarlos establecidas en los artículos 1.1. y 2, así como el cercenamiento de las garantías judiciales, artículo 8.1 y 25.

La Corte IDH señaló en la sentencia que las violaciones planteadas eran sumamente graves y que se afectó al mismo tiempo el derecho de los electores, ya que existe una estrecha relación entre el derecho a ser elegido y el derecho a votar para elegir representantes.

Así, vinculó el derecho a elegir los representantes (forma indirecta de participación) y el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad (forma directa de participación). Dos considerandos resumen la interpretación de la Corte IDH: “197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política”.

“198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los

asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos...”. En la misma argumentación, consideró la relación entre el derecho de participación política y el derecho de igualdad ante la ley, en los siguientes términos:

199. La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

200. El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En el caso, la Ley Electoral nicaragüense³⁰ establecía que para ejercer el derecho a participar de la contienda electoral las agrupaciones debían tener candidatos para el 80% de los municipios y candidatos para un 80% de los cargos, situación que tornaba ilusorio el ejercicio del derecho a ser elegido a la minoría demandante, lo que fue objeto de la interpretación amplia del derecho a la participación por parte de Corte IDH a favor del derecho de las minorías étnicas a ser representadas por sus agrupaciones, en el párrafo 220:

...la Corte encuentra necesario indicar que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos. Los requisitos para ejercitar el derecho a ser elegido deben observar los parámetros establecidos en los párrafos 204, 206 y 207 de esta Sentencia.

³⁰ Esta exigencia de la Ley Electoral 331 de 2000 constituye una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por Yatama para las elecciones municipales de noviembre de 2000. No se toma en cuenta que la población indígena y étnica es minoritaria en la RAAS, ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo.

10. Derechos humanos políticos y partidos y organizaciones políticas

A. Condiciones generales para la vigencia del pluralismo partidario

La Corte IDH señaló en el último decenio varios aspectos que deben ser atendidos por los Estados partes para la realización del principio de participación política en la democracia representativa. La Corte IDH manifestó su criterio al respecto en varias oportunidades. En los casos “Yatama vs. Nicaragua”, 2005; “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, 2008; y “Cepeda Vargas vs. Colombia”, 2010, ratificó el criterio interpretativo que sostiene que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva y, especialmente, en referencia a los partidos políticos de oposición y la necesidad del fortalecimiento de su posición mediante mecanismos institucionales y normas claras.

a. Condiciones y mecanismos óptimos

En “Yatama vs. Nicaragua”, 2005, caso vinculado a los derechos políticos de participación política de minorías étnicas de la Región del Atlántico Sur, sostuvo:

195. *Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.* Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua.

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. (El destacado es agregado).

b. Oportunidades reales en la participación política

En “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, se ratificó la interpretación anterior efectuada en “Yatama”, de la siguiente manera:

145... el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último *implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular*

de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. (El destacado es agregado).

c. Derechos políticos y las medidas efectivas y el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación

Más recientemente, en el caso “Cepeda Vargas vs. Colombia”, sentencia del 26 de mayo de 2010, que se sustentó en las señaladas previamente, la Corte volvió sobre la cuestión desde otro ángulo de análisis e incluyó la interdependencia que existe entre los artículos 23 y 16:

172... que la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra “el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho”. *Entre otros derechos políticos, el artículo 23 de la Convención protege el derecho a ser elegido, el cual supone que el titular de los derechos tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual debe adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio...* A su vez, *el artículo 16 de la Convención protege el derecho de asociarse con fines políticos...* por lo que una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar, a su vez, una violación del artículo 16.1 de la Convención, cuando la misma haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima.

173. En este sentido, es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales. (El destacado es agregado).

B. Sistemas de candidaturas

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se sostiene que “La democracia moderna descansa, sobre los partidos políticos...”.

El derecho a la participación política permite el derecho a organizar partidos y asociaciones políticas en un régimen plural y que excluya el monopolio del poder por un solo grupo o persona³¹.

Los partidos políticos son actores esenciales de la democracia representativa, así lo consagra la Carta Democrática Interamericana en su artículo 3. Esta disposición tiene estrecha relación con los artículos 16.1. y 23.1. de la CADH.

En el Informe 30/93, y luego en el 21/94, p. 8.: “la Comisión ha opinado ya sobre el valor que asigna al papel de los partidos políticos como órganos legítimos para representar en el proceso electoral las individualidades que unifican su personería en esas entidades y que los partidos son institutos necesarios en la democracia”.

Agrega que en la generalidad de los países democráticos los candidatos “independientes” sólo pueden presentarse al proceso electoral avalados con ciertos requisitos, reglamentando el derecho de elegir y ser elegido a través del sistema de postulación partidaria o promoción de candidatos por un grupo considerable de electores.

En relación a la regulación interna de los partidos políticos y del derecho a presentar una candidatura independiente, tanto la CIDH como la Corte IDH han aportado la interpretación armónica con el contexto interamericano de protección de la CADH en cuanto a la necesidad de proporcionalidad de la medida de regulación, en tanto restrinja el derecho del candidato independiente a presentarse.

La CIDH en la Resolución 26/88³² sostiene el criterio de la necesidad de regulación para establecer un orden para la opinión pública, lo cual reclama una labor previa, en la que se destaca el rol de los partidos políticos como seleccionadores de los candidatos:

La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos... En oportunidad de cada acto electoral, los partidos seleccionan a los candidatos entre los cuales el elector deberá optar al emitir su sufragio; con lo cual imponen el orden de la opinión pública, ya que si los ciudadanos votasen directamente, sin esta labor previa de las aseguraciones partidarias, sobrevendría el caos

³¹ Informe Anual de la CIDH, año 1979-80, p. 143.

³² CIDH Resolución 26/88, caso 10.109 (Ríos Brito vs. Argentina) 13 de septiembre de 1988.

y la anarquía en los comicios, los votos se dispersarían desordenadamente y quienes resultasen elegidos carecerían de representatividad por el escaso número de sufragios que obtendrían.

Ya se señaló que la Corte IDH manifestó su criterio al respecto en varias oportunidades —en los casos “Yatama vs. Nicaragua”, 2005; “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, 2008; y “Cepeda Vargas vs. Colombia”, 2010— ratificando la necesidad de fortalecer a los partidos políticos mediante mecanismos institucionales y normas claras.

En relación a los sistemas de candidaturas, recientemente examinó un conflicto similar al planteado ante la CIDH en Ríos Brito y, veinte años después, confirmó que mantiene el mismo criterio interpretativo que la CIDH había sustentado en la Resolución 26/88.

En esa línea interpretativa, la sentencia recaída en el reclamo de “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” analizó las alternativas existentes para regular el derecho a ser candidato independiente dentro del Derecho electoral comparado interamericano, y señaló los criterios siguientes:

La aplicación de la CADH en relación a los sistemas de candidaturas:

1. (198) *Dos sistemas de candidaturas*. En el Derecho electoral comparado, la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras: mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes.
2. (198) *No hay predominancia de uno de los sistemas*. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes.
3. (199) *Requisitos para los candidatos independientes*. Los Estados cuya legislación reconoce la posibilidad de inscribir candidaturas independientes establecen diversos requisitos para su inscripción, algunos de ellos similares a los que se prevén para las candidaturas registradas por partidos políticos.
4. (199) *Respaldo de un número o porcentaje de electores*. Un requisito común para la inscripción de candidaturas independientes es el respaldo de un número o porcentaje de electores que apoye la inscripción de la candidatura, lo que resulta indispensable para organizar de manera eficaz el proceso electoral.
5. (199) *“Pólizas de seriedad”*. Los Estados establecen otros requisitos

tales como la presentación de plataformas políticas o planes de gobierno para el período que la candidatura se presenta, la integración de garantías económicas o “pólizas de seriedad”, incluso, una organización de cuadros directivos igual a la de los partidos políticos en todo el territorio del Estado, en caso de candidaturas independientes a presidente de la República.

6. (199) *Grado de restricción del derecho del artículo 23 b.* Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención.

7. (201) *Imposibilidad de valoración en abstracto.* La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite.

8. (201) El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado.

9. (201) *Accesibilidad y garantía.* Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.

10 (204) *Compatibilidad con la Convención.* Ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención.

11. (204) *Decisión exclusivamente estatal.* La decisión (de cuál sistema escoger) está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales³³.

³³ Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos: “198. La Corte observa que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras; mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes.

199. Los Estados cuya legislación reconoce la posibilidad de inscribir candidaturas independientes establecen diversos requisitos para su inscripción, algunos de ellos similares a los que se prevén para las candidaturas registradas por partidos políticos. Un requisito común para la inscripción de candidaturas independientes es el respaldo de un número o porcentaje de electores que apoye la inscripción de la candidatura, lo que resulta indispensable para organizar de manera eficaz el proceso electoral. Adicionalmente, los Estados establecen otros requisitos tales como la presentación de plataformas políticas o planes de gobierno para el período que la candidatura se presenta, la integración de garantías económicas

Resulta relevante la argumentación de la Corte IDH en la que advierte sobre la “*profunda crisis en relación con los partidos políticos*” en la región. En la parte final del considerando 204, se expresó acerca del contexto crítico en que se desenvuelven los partidos políticos en la región y, desde allí, promueve un profundo y reflexivo debate sobre la participación y representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en la línea de fortalecer y profundizar la democracia a través de un mejoramiento de la actividad de los partidos políticos. Veamos:

...A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

o ‘pólizas de seriedad’, incluso una organización de cuadros directivos igual a la de los partidos políticos en todo el territorio del Estado, en caso de candidaturas independientes a Presidente de la República. Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente, de cómo se regulen los aspectos mencionados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos.

201. La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado, pero también puede ocurrir que para inscribir candidaturas independientes se establezcan requisitos mayores que los establecidos para nominar a un candidato por un partido político. El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado. Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.

204. Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, *por lo tanto*, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales...

205. Con base en los anteriores argumentos, la Corte no considera probado en el presente caso que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y, por lo tanto, no ha constatado una violación al artículo 23 de dicho tratado”.

C. Candidaturas. La condición de inelegibilidad para quienes lideran movimientos o gobiernos de ruptura del orden constitucional

La CIDH tuvo oportunidad de expedirse sobre las condiciones de inelegibilidad contenidas en la Constitución guatemalteca, en ocasión de la denuncia efectuada por el candidato Ríos Montt, cuya candidatura fue rechazada por incurrir en una causal de inelegibilidad constitucional, por la cual se establece la inelegibilidad de aquellos jefes de movimientos políticos que rompen el orden constitucional o asumen la Jefatura del Estado a raíz de los mismos. Consideró que el análisis debía centrarse en determinar si la norma cuestionada por el denunciante afectaba, además del artículo 23.2., los principios generales de la Convención, y que debía contextualizarse en el caso en circunstancias históricas y en las concepciones jurídicas prevalecientes en las mismas, ello con carácter restrictivo en el margen de apreciación. Además, efectuó un análisis de la legislación comparada donde se verifica la existencia de cláusulas similares en las constituciones de la región y verifica que varias de ellas contienen normas de inelegibilidad con diferentes causales, permanentes o temporarias y señala lo siguiente:

Análisis del Derecho constitucional comparado

34... que el derecho constitucional comparado indica diferentes condiciones de inelegibilidad que buscan evitar el nepotismo, el conflicto de intereses (contratistas del Estado, etc.), condición de miembro de órdenes religiosas, de otros poderes o servicios del Estado (magistrados judiciales y militares activos, etc.). Es decir, la defensa de la efectividad de los derechos políticos y de la autenticidad de las elecciones ha llevado a distintas formas de reglamentación de la elegibilidad para ser Presidente de un país, que deben ser consideradas como contexto de apreciación por la Comisión.

Efectos de la Ley de Amnistía respecto de la norma constitucional de inelegibilidad

“36... Al respecto ya la Corte Suprema y la de Constitucionalidad de Guatemala han establecido claramente que dicha amnistía se refiere a posibles delitos cometidos por los beneficiados, pero no a la condición del señor Ríos Montt en tanto Jefe de Estado surgido impuesto por un movimiento militar. Dicha jurisprudencia guatemalteca cabe dentro de las mismas consideraciones de los párrafos anteriores y posee antecedentes en otros países...”.

Condiciones de proporcionalidad de las prescripciones constitucionales

“33. Tendríamos así prescripciones constitucionales por las que altos

gobernantes elegidos democráticamente en elecciones no pueden ser reelectos, sea por algún período o de por vida. De considerar la Comisión que el artículo 186 establece una inelegibilidad inconsistente con la Convención, pondría en situación de privilegio a quienes rompen el orden constitucional con respecto a aquellos que acceden constitucional y democráticamente a las altas magistraturas de un país”.

Soberanía popular y Asamblea Constituyente

...al respecto que dicha causal de inelegibilidad surge de un acto de Asamblea Constituyente elegida por votación democrática en la que el pueblo guatemalteco decidió a través de sus representantes constituyentes que era necesario mantener dicha causal, ya existente en la historia constitucional guatemalteca (cf. punto 25) y aún más, hacerla permanente. Estamos pues como ya se analizó *ut supra* dentro de aquellas condiciones que posee todo sistema jurídico constitucional para hacer efectivo su funcionamiento, y para defender la integridad de los derechos de sus ciudadanos.

VI. Conclusión

Todo lo señalado apunta a la vigencia real del derecho a la democracia, categoría jurídica compleja que se encuentra sustentada en el principio de la soberanía del pueblo, y que implica la realización de los derechos humanos de una manera integral, poniendo en evidencia su universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

El recorrido realizado por los precedentes generados por los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano permite afirmar que, en materia de democracia representativa, existe una relación inseparable con los derechos humanos políticos y dentro de los cuales se encuentra el derecho a la participación política de la ciudadanía. El fortalecimiento de los derechos políticos incide en una más amplia participación ciudadana en los asuntos concernientes a su desarrollo. El derecho a la democracia representativa, sustentado en la soberanía popular, resulta una norma del *ius cogens*, teniendo en consideración que los derechos políticos democráticos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27 CADH.

Julio B.J. Maier

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba). Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Director del Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros, el último se titula *Crítica de la razón impura o Crónica de la sinrazón pura* (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010). Desde el 11 de diciembre de 1998 hasta el 1 de octubre de 2009 ejerció como Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Profesor Emérito de la UBA. Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2003 es juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Autor de una veintena de libros y más de 200 artículos sobre derecho penal, criminología, derecho constitucional, filosofía jurídica y política, publicados en la Argentina, Latinoamérica y Europa. Su última obra se titula *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar* y fue publicada este año por Editorial Ediar.

Peter Häberle

Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Catedrático en las Universidades de Friburgo, Mannheim, Marburgo y Bochum. Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigadoras. Publicó más de 50 libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y temas afines y cerca de mil artículos, ensayos y notas en libros colectivos, revistas y periódicos de Alemania y del extranjero. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires.

Víctor Bazán

Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la 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. Autor, coautor y coordinador de más de 70 libros y 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero.

Nerina Da Rin

Abogada especializada en Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Integra la Unidad de Observación de la Vigencia del Derecho Supranacional de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Coordina y elabora la colección Diagnósticos de la Defensoría del Pueblo. Asesora del Ministro de Justicia de la Nación (1991-1992 y 1992-1994). Jefa del Área de Derechos Humanos y Administración de Justicia del Defensor del Pueblo de la Nación (1996-2002). Asesora de Gabinete del Ministro de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires (2005-2007).



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires