

EN TORNO AL ESTADO DE DERECHO, LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, CON PARTICULAR ÉNFASIS EN AMÉRICA LATINA*

Por VÍCTOR BAZÁN**

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.—2. ESTADO DE DERECHO REAL Y NO MERAMENTE NOMINAL.—3. LA CONSTITUCIÓN, SU SUPREMACÍA Y NORMATIVIDAD.—4. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO: A) Legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio de los gobernantes. B) El rol de los partidos políticos. C) Pluralismo y participación de la ciudadanía. D) Mecanismos de democracia semidirecta o participativa.—5. DIVISIÓN DE PODERES Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS O EXTRAPODERES: A) Controles y contrapesos. B) Sobre los órganos constitucionales extrapoderes.—6. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: A) Explicación preliminar sobre el «control de constitucionalidad». B) Algunos ejemplos de articulación de la justicia constitucional en el derecho comparado americano. C) La importancia de una jurisdicción constitucional activa, independiente y prudente. D) Los jueces y magistrados constitucionales en el Estado de Derecho.—7. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: A) Un imperativo de la democracia y el Estado de Derecho. El papel de las ONG y el Defensor del Pueblo en la tutela de los derechos humanos y como instancias de control del poder. B) El Estado y la observancia de las obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales de dere-

* Sobre la base del documento «Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho», confeccionado para la Fundación Konrad Adenauer, Ecuador. La presente versión contiene añadidos y actualizaciones.

** Profesor Titular Efectivo de Derecho Constitucional 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. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Sección «Derechos Humanos» de la Asociación Argentina de Derecho Internacional e integrante del Consejo Directivo de tal Asociación. Miembro de los Institutos Iberoamericanos de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional.

chos humanos. C) La sensible cuestión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado condenado.—8. LA VINCULACIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA EN EL ESTADO DE DERECHO: A) Democracia y libre debate de ideas. B) Una trilogía de asuntos especialmente significativos: la distribución de la publicidad oficial por el Estado, el derecho fundamental de acceso a la información pública y la recomendable derogación del delito de desacato.—9. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN

El artículo analiza los perfiles y desafíos actuales y prospectivos del Estado de Derecho, entre los que se cuentan, el mantenimiento de un real sistema democrático, la existencia de una Constitución suprema y con fuerza normativa al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos, y el respeto y la realización de los derechos fundamentales sin superfluas distinciones categoriales, que pueda dejar fuera de la cobertura protectora a los derechos económicos, sociales y culturales o a los derechos colectivos o de incidencia colectiva. Para ello se precisa de una Justicia Constitucional activa, independiente, valerosa y legitimada socialmente, pero al mismo tiempo, prudente, reflexiva, equilibrada y consciente de sus límites.

Palabras clave: Estado de Derecho. Democracia. Supremacía y normatividad constitucionales. Justicia Constitucional. Protección de los derechos fundamentales. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

ABSTRACT

This paper analyses the profiles and current and prospective challenges of the Rule of Law, among which are counted the maintenance of a real democratic system, the existence of a supreme Constitution with normative force as the core international instruments on human rights, and the respect and realization of fundamental rights without unnecessary categorical distinctions that can be left out of protectoral coverage to economic, social and cultural rights or collective (or collective impact) rights. This requires a Constitutional Justice active, independent, courageous and socially legitimated, but at the same time, prudent, thoughtful, balanced and aware of its limits.

Key words: Rule of Law. Democracy. Constitutional supremacy and normativity. Constitutional Justice. Protection of fundamental rights. Judicial Review and conventionality control.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En torno a los precursores científicos de la idea del Estado de Derecho en el siglo XIX, explica Böckenförde que Robert von Mohl¹ la intro-

¹ Para repasar algunos aspectos de la vida de tal figura y de ciertas aportaciones importantes que legó, ver Manuel GARCÍA PELAYO, «Robert VON MOHL y el nacimiento de las ciencias sociales», *Obras completas*, T. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2405-2420.

duce en la discusión general sobre la política y el derecho del Estado, utilizando dicho concepto en su *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg* de 1829, y concibiéndolo como el «Estado del entendimiento». Aunque advierte que la expresión Estado de Derecho se utiliza por vez primera en 1813 por Carl Th. Welcker en *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (que lo entiende como «Estado de la razón»), y luego reaparece en 1824 en el *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* de Joh. Christoph Freiherr von Aretin (que se refiere a él como aquel «en el que se gobierna según la voluntad general racional y sólo se busca lo mejor de modo general»)².

Dejando de lado las iniciales utilizaciones en clave científica del término, cabe ahora aclarar que no todo Estado por el simple hecho de serlo es un Estado de Derecho³. Acota al respecto Díaz que un *Estado con Derecho* (todos o casi todos) no es sin más un *Estado de Derecho* (sólo algunos), con lo cual, no todo Estado es merecedor del prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que representa el Estado de Derecho⁴.

Desde una perspectiva genérica, el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*, *État de droit* o *Rule of Law*, respectivamente y en función de las aproximaciones terminológicas alemana, francesa y anglosajona —aunque las expresiones no reflejen idéntico correlato semántico ni institucional⁵—) supone que la actividad de los órganos del poder, establecidos de modo legítimo, esté sujeta a las normas aprobadas de acuerdo con lo determinado por la Constitución Política⁶, o sea, una subordinación al principio de legalidad, pero no a cualquier ley sino a la ley surgida de un procedimiento

² Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, 2000, p. 19.

Por nuestra parte agregamos que corresponde también computar los aportes que en torno al tema realizara F. J. STAHL.

³ Hace ya varias décadas, DÍAZ sostuvo: «no todo Estado es Estado de Derecho» (Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1966; a la que reenvía en su trabajo «Estado de derecho y legitimidad democrática», en Miguel CARBONELL, Wistano OROZCO y Rodolfo VÁZQUEZ [coords.], *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas [IIJ] de la Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], Instituto Tecnológico Autónomo de México [ITAM] y Siglo XXI Editores, México, D.F., 2002, p. 63).

⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁵ Para BÖCKENFÖRDE «el término ‘Estado de Derecho’ es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas», ya que «el *rule of law* del derecho anglosajón no es una construcción conceptual de contenido paralelo, y el lenguaje jurídico francés no conoce ningún término o concepto comparable» (Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 2, p. 18 y nota 4 a pie de página).

⁶ Ver en ese sentido, Diego VALADÉS, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 131.

legítimo y de acuerdo con las pautas constitucionalmente fijadas en el marco democrático. Es que, de lo contrario, un Estado totalitario o dictatorial podría autoconsiderarse Estado de Derecho por la sola circunstancia mecánica e inercial de ajustarse a sus leyes, aunque éstas no fueran democráticas ni respetuosas de los derechos fundamentales.

Ya en una descripción un poco más detallada pero necesariamente incompleta, entendemos que la base jurídica, política, institucional y axiológica mínima de sustentación de un verdadero Estado de Derecho está compuesta, enunciativamente, por:

- a) Una Constitución suprema y con fuerza normativa, al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos;
- b) un sistema democrático no declamado sino real, pues sólo puede ser Estado de Derecho aquel que se desenvuelve en una línea de soporte democrática y pluralista;
- c) efectivas separación y distribución de poderes, como técnica de organización del poder político, debiendo aquéllos ser equilibrados y limitados, lo que reclama la existencia real del control (interorgánico, entre los diversos órganos, e intraorgánico, al interior de cada órgano) y la racionalización del poder para impedir abusos de quienes lo ejercen⁷. Es que no puede obviarse que un postulado vertebral del Estado de Derecho es justamente el sometimiento de todo el poder al Derecho;
- d) el goce y el ejercicio efectivos de los derechos humanos, porque como Ferrajoli ha mantenido, en un Estado de Derecho los derechos exigen ser tutelados, y el progreso de la democracia se mide por la expansión y la justiciabilidad de ellos⁸; y
- e) una jurisdicción constitucional que asegure la normatividad y la primacía constitucionales y el respeto y la realización de aquellos derechos sin superfluas distinciones categoriales, por ejemplo, entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales; sin dejar fuera de la cobertura protectora a los derechos colectivos o de incidencia colectiva.

En las líneas siguientes desarrollaremos las cuestiones enunciadas en este tramo introductorio, sin rehuir un acercamiento a otros aspectos ad-

⁷ Sobre el punto, *vid.* para ampliar, Allan BREWER-CARÍAS, «Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Tº I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 63-119.

⁸ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 1997, p. 918.

yacentes de importancia para el Estado de Derecho, lo que implica enfocar las notas y exigencias salientes que lo configuran en la actualidad, advirtiendo que muchas de ellas entrañan desafíos por cumplir si verdaderamente se procura dar paso a una versión cabal, no farisaica, del Estado de Derecho, asumiendo los compromisos y las responsabilidades institucionales que ello trae consigo.

Sólo resta advertir que más allá de las diversas denominaciones que las Constituciones adopten y de las diferentes disquisiciones doctrinarias al respecto, afrontaremos el presente estudio partiendo de la consideración del Estado de Derecho constitucional, donde la Constitución ocupa un lugar central en el ordenamiento jurídico y goza de supremacía y normatividad; social, que privilegia la protección y la efectiva concreción de los derechos humanos y orienta su percepción y actuación hacia la cristalización de la justicia social; y democrático, que se cimienta en la división de poderes y funciones, en la racionalización y el control del poder, en la legalidad y la legitimidad de origen y ejercicio de sus gobernantes, que además conciba a la Constitución como elemento de ordenación y vertebración democráticas y, naturalmente, que realice las exigencias básicas de libertad e igualdad, esta última no sólo desde el plano formal sino también en su vertiente sustancial o material⁹.

2. ESTADO DE DERECHO REAL Y NO MERAMENTE NOMINAL

Evidentemente, no basta con la autoproclamación que un determinado país realice en su Ley Fundamental en el sentido de constituir un Estado de Derecho, pues podrá serlo nominalmente o en el discurso grandilocuente de las autoridades, pero no lo será en la realidad si no abastece ciertos recaudos esenciales.

Mutatis mutandi, podemos servirnos de la advertencia de Raz, quien recuerda que «no es poco común que cuando una idea política captura la imaginación de un amplio número de personas, su nombre se convierta en un eslogan usado por partidarios de ideales que tienen poca o ninguna relación con el ideal que originalmente designaba»¹⁰; para pasar más adelante a alertar sobre el «uso promiscuo» que se ha hecho de la expresión Estado de Derecho¹¹.

⁹ Si bien en puridad no sería verdaderamente un Estado de Derecho si no fuese auténticamente constitucional, social y democrático, preferimos asumir el riesgo de ser redundantes (¿tautológicos?) y verbalizar las adjetivaciones que atribuimos a aquella institución.

Es que lo que a simple vista parece obvio, no siempre ni en todos los sitios ni épocas suele ser tan obvio.

¹⁰ Joseph RAZ, «El Estado de Derecho y su virtud», trad. de Rolando Tamayo, obra colectiva cit. en nota 3, p. 15.

¹¹ *Ibíd.*, p. 16.

En el sentido que exponemos, no será un verdadero Estado de Derecho si no cuenta mínimamente —y sobre el piso de marcha que se anunciaba en la introducción de este trabajo— con una Constitución Política que sea respetada y cumplida por las autoridades públicas, los operadores jurídicos y el pueblo todo; una genuina democracia, ya que —como se ha afirmado— el Estado de Derecho es la institucionalización jurídico-política de aquélla¹²; una efectiva protección de los derechos fundamentales; una auténtica división de poderes, en la que exista un Poder Judicial y/o una justicia constitucional independientes de la manipulación político-partidista, un Poder Ejecutivo que no desborde sus cauces competenciales inmiscuyéndose en asuntos propios de otros Poderes del Estado o gire hacia un nocivo hiperpresidencialismo, y un Legislativo que asuma su rol institucional para coadyuvar a la superación de lo que no pocos analistas refieren como «crisis de representación».

En este último punto temático (descentralización del poder) subyace un aspecto que no es precisamente menor: la necesidad de evitar la concentración del poder en manos de uno solo y respetar la oposición política institucionalizada como reflejo de convivencia plural y democrática; lo que supone brindar cobertura jurídica a las minorías.

Sin ánimo de taxatividad, otras actitudes y respuestas que se reclaman de un Estado de Derecho de base constitucional son:

- La obligación de garantizar el valor seguridad jurídica, lo que equivale a afianzar niveles sustentables de predictibilidad y previsibilidad jurídicas, certidumbre en las relaciones con el poder y regularidad estructural y funcional del sistema por medio de sus normas e instituciones;
- la prohibición de la arbitrariedad, es decir, el imperio del principio de razonabilidad que —en palabras de Zagrebelsky— ha pasado de requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho¹³; y, entre otros aspectos,
- la misión de propender al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, disminuyendo los niveles de marginalidad, exclusión y pobreza y procurando que la distribución de la riqueza sea más equitativa, punto en el que —en clara síntesis— Häberle advierte que aunque las fórmulas usadas por distintas Constituciones varían (Estado Social, Estado Social y Democrático, etc.), en el fon-

¹² Elías DÍAZ, «Estado de derecho y legitimidad democrática», obra colectiva cit. en nota 3, p. 61.

¹³ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

do quieren decir lo mismo: el Estado Constitucional comprometido con la justicia social¹⁴.

Para concluir, desde el plano jurisdiccional, un requerimiento básico que recorre transversalmente al Estado de Derecho (y que corporiza uno de los retos decisivos para su subsistencia) es que se garantice el derecho de acceso a la justicia ordinaria y/o constitucional independientes; que se implemente un modelo efectivo de control de constitucionalidad, y que se programen y funcionen vías procesal constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.) que, sin abandonar el objetivo de defender la Constitución, también apunten a la realización de ésta (y de los derechos que programa), para asegurar su densidad normativa, tonificar su contenido axiológico, viabilizar su efectividad y potenciar su supremacía junto a la de los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos.

3. LA CONSTITUCIÓN, SU SUPREMACÍA Y NORMATIVIDAD

Es innegable la estrecha relación entre Estado de Derecho y Constitución. De hecho, por un lado, la principal lucha del constitucionalismo es la racionalización del poder y, por el otro, en el Estado de Derecho la Constitución es el sostén de toda la estructura estatal.

No en vano al «constitucionalismo contemporáneo», al que prestigiosa doctrina rotula «neoconstitucionalismo», se lo ha caracterizado como el modelo jurídico que representa el «Estado Constitucional de Derecho». Así, para Prieto Sanchís —un sólido estudioso del neoconstitucionalismo— con esta denominación se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de Teoría del Derecho requerido para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mentar la filosofía política que justifica la fórmula del Estado Constitucional de Derecho¹⁵.

Es preciso recordar además que la Constitución se ha juridizado, o sea, es Constitución jurídica por lo que ostenta fuerza normativa y no es ya (como fue en algún momento) un mero plan, proyecto o programa políticos sin valor normativo ni incidencia jurídica práctica, sino realidad operativa.

Con ello, se ha reforzado la doctrina de la supremacía constitucional, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base¹⁶ del ordenamiento jurídico de un Estado.

¹⁴ Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional*, UNAM y Pontificia Universidad Católica del Perú, trad. de Héctor Fix-Fierro, Lima, 2003, pp. 224-225.

¹⁵ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, Voz «Neoconstitucionalismo», en Miguel CARBONELL (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa y UNAM, México, D.F., 2002, p. 420.

¹⁶ Germán J. BIDART CAMPOS, «La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)», en Raúl MORODO,

Pero además, se ha sustancializado por medio del bloque axiológico que aglutina valores, principios y derechos, en un sistema que tiene como centro a la persona humana, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el núcleo material de valores, principios y derechos que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido¹⁷.

En otras palabras, la Constitución no contiene solamente normas, sino también principios y valores por lo que entre Constitución democrática y derechos fundamentales se establece una relación dialéctica. Es que, por una parte, la Constitución como fuente suprema del ordenamiento constituye la base del reconocimiento y la tutela de aquéllos; y, por otra, el goce del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición elemental para la subsistencia del Estado Democrático de Derecho¹⁸.

Reiteramos que la Constitución no es poesía o mera retórica, sino por el contrario, contenido normativo y axiológico con vocación de operatividad, que vincula y obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares, y es alegable ante los tribunales.

En ese sentido, es de destacar que independientemente de lo que la Constitución disponga en su texto, es imprescindible que esos contenidos se vean reflejados en la realidad, esto es, que la Ley Fundamental se cumpla, pues el avance del Estado de Derecho será nulo (más bien éste terminará involucionando o retrocediendo) si aquélla mucho promete pero poco de ella se «concretiza» en la dimensión fáctica.

Es que nada se soluciona sólo con normas (y la Constitución lo es), ya que si bien la ley es poderosa, más poderosa es la realidad.

Por último, y para tender el puente hacia el tema que abordaremos a continuación, el vínculo entre Constitución y democracia en el Estado de Derecho es singularmente intenso. Tanto que, como Aragón Reyes ha afirmado con acierto, «la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica (...) sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas»¹⁹.

y Pedro DE VEGA (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº II, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 729.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Giancarlo ROLLA, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, N.º 28, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, Lima, 2008, p. 56.

¹⁹ Manuel ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 27.

Vale decir, ya de modo telegráfico, que la Constitución se valida y legitima en la democracia.

4. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO

A) Legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio de los gobernantes

Más allá de las diversas alusiones a la democracia y su vinculación con el Estado de Derecho que en este estudio realizamos, en el presente segmento nos interesa enfocar un aspecto altamente significativo: el de la legitimidad de origen y de ejercicio de los gobernantes electos.

Es importante que en la «democracia indirecta o representativa» (en la cual —valga la tautología— el pueblo gobierna por medio de sus representantes) las autoridades de turno accedan al poder por canales democráticos, es decir, por conducto de elecciones periódicas, libres y basadas en el sufragio universal y secreto en el marco de un régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y constitucionales, o sea, acatando las reglas establecidas al efecto por la Ley Fundamental y la normativa infraconstitucional electoral respectiva.

Pero claro, ello supondrá que aquellos representantes gocen de legitimidad de origen, la que —con ser relevante— será absolutamente insuficiente si no viene complementada con la legitimidad de ejercicio, porque aunque indudablemente la democracia es fuente de legitimación del poder, constituye también un principio que guía el rumbo que el ejercicio de dicho poder debe seguir: un curso firme, razonable y equilibrado para asegurar la estabilidad y la continuidad institucionales.

Es que el poder no es un simple hecho de dominación ni un fin en sí mismo, aunque no pocos así lo consideran y consiguientemente no vacilan en usar toda clase de medios para conseguirlo y, una vez que lo obtienen, recurren a artilugios para acrecentarlo y mantenerlo por más tiempo²⁰.

Más allá de otros aspectos salientes del proceso democrático en el Estado de Derecho, es fundamental que el órgano legislativo internalice su

²⁰ Una exquisitamente vívida y emotiva pintura de las intrigas e hipocresías que se tejen en torno al poder, los avatares de la democracia, las conductas gatopardistas, falta de escrúpulos y exceso de ineptitud y mediocridad de algunos gobernantes, la crisis de la representación y el escepticismo de la ciudadanía, elementos que contrastan frontalmente con la estatura ética e intelectual y la valentía de un puñado de ciudadanos anónimos; puede verse descripta en la obra de José SARAMAGO, *Ensayo sobre la lucidez*, 1ª ed., 5ª reimpres., Alfaguara, trad. de Pilar del Río, Buenos Aires, 2005.

Como puede leerse en la contratapa del libro, y dejando de lado el eventual interés comercial de la editorial al redactar dicha presentación, creemos que es rigurosamente cierto que tal escritor «se ha convertido en la conciencia lúcida de una época cegada por los mecanismos del poder».

papel vital en la dinámica institucional, en orden a que en su seno se debatan correcta y adecuadamente los proyectos de ley; que tal Cuerpo represente digna, genuina y responsablemente a la ciudadanía; que las mayorías circunstanciales no atropellen ni ahoguen a las minorías; que legisle ceñido en su accionar por exigencias axiológicas, porque de lo contrario se enseñoorea del espacio legisferante la «tiranía de la mayoría»; y que no se diluya resignándose al triste rol de una notaría que simplemente certifique los deseos del Presidente o la Presidenta en funciones en la nación de que se trate.

Desde esta óptica, y entre incontables aproximaciones conceptuales a la democracia, se ha dicho que ésta «no asegura decisiones siempre justas, pero pretende ser un procedimiento justo para adoptar decisiones colectivas»²¹.

Con algún punto de contacto con ello, se ha afirmado que el Derecho aparece como un fenómeno politizado, ya que su incidencia en las razones de conducta y en la transformación de materiales jurídicos en proposiciones normativas depende del consenso alcanzado a través del proceso democrático²².

B) El rol de los partidos políticos

Los partidos políticos cumplen un rol sustancial en el sistema democrático (que pugna por un modelo pluripartidista), no como meras agencias de colocación de candidatos sino como piezas vitales del engranaje del Estado de Derecho en el que —entre otros componentes— actúan concurrentemente las instituciones públicas, las organizaciones de la sociedad civil y el electorado.

En ese sentido, y entre otros propósitos, los partidos son útiles para movilizar el pluralismo político en la sociedad; materializar la esencial participación de la ciudadanía y su consecuente implicación en cuestiones de trascendencia pública; operativizar el ejercicio de los derechos políticos; y encumbrarse como vehículos para optimizar la representación política.

En realidad, esta última no pasa por su mejor momento, según lo evidencian algunas prácticas disfuncionales que se reiteran en cuerpos parlamentarios de algunos países latinoamericanos, que no son precisamente respetuosas de la voluntad de los votantes, por caso, el «transfuguismo», esto es, la conducta en la que un representante popular elegido democráti-

²¹ Cfr. Marian AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Garrigues Cátedra (Universidad de Navarra), Thomson - Civitas, Navarra, 2005, p. 90.

²² Carlos S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 188.

camente por un determinado partido político o alianza electoral, los abandona durante el desempeño de sus funciones para encolumnarse en las filas de otro partido político o coalición electoral. O, por citar otro ejemplo que involucra fundamentalmente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el «clientelismo político», o sea, el sistema de compra de voluntades o de intercambio de favores o bienes económicos por apoyo electoral.

Ahora bien, los partidos políticos deben comprender el papel vertebral que juegan y estar a la altura de las circunstancias. Por ello, algunas pautas fundamentales que, para preservar la sanidad del sistema democrático y republicano en el Estado de Derecho, deben aquéllos resguardar son, por ejemplo: la democratización intrapartidaria, es decir, elecciones internas, periódicas y con reglas de juego claras; la representación de las minorías; un nivel sustentable de igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; la legitimidad en el manejo de los fondos; la transparencia y la publicidad de sus fuentes de financiación, información que dicho sea de paso es pública y, como tal, la ciudadanía tiene el derecho de acceder a ella; y la fiabilidad de los balances contables de las campañas proselitistas.

Aunque obvio, no está de más recordar que el proceso comicial es uno de los medios básicos de legitimación del poder en la democracia. Íntimamente vinculado a ello, debe existir un régimen electoral que evite «trampas» que distorsionan la voluntad popular, sea a través del fraude en los votantes (personas ya fallecidas que aparecen como sufragantes, «electores» con documentos de identidad falsos) o ya en la propia implementación de los sistemas electorales. La cuestión citada en último término se puede graficar ejemplificativamente con una práctica muy criticada en la Argentina para elegir a quienes cubrirían cargos en cuerpos colegiados: las popularmente conocidas como «listas sábana» o listas cerradas y bloqueadas, o sea, nóminas inmodificables propuestas por los partidos políticos en las que no infrecuentemente tras una figura conocida y de prestigio o predicamento que las encabezaba se camuflaron numerosos personajes ignotos o no demasiado potables, porque —como se anticipaba— ni se podía alterar el orden estatuido ni era factible tachar o suprimir algún postulante.

Ligado a ello, cabe insistir aquí en un recaudo que exige la hora actual a los partidos políticos en la conformación de sus listas de candidatos: éstos, además de abastecer el requisito de capacidad técnica, deben satisfacer el requerimiento de idoneidad moral sustentado principalmente en un claro e inequívoco compromiso con la democracia y el respeto por los derechos humanos.

Además, deben ser conscientes que asumen un deber ético con el electorado al momento de diseñar las propuestas de campaña, pues flaco favor se hace a la democracia si se prometen cosas utópicas que saben de ante-

mano que de ningún modo podrán cumplir. De todas maneras, deberían existir mecanismos que jurídicamente protejan al pueblo por las promesas incumplidas de los candidatos una vez que acceden al cargo para el que postulan, para instarlos a cumplir o en su defecto a dar explicaciones públicas fundadas, razonadas y documentadas de la imposibilidad de hacerlo y demostrar por qué al momento de la postulación consideraban que las propuestas eran viables. Por supuesto, cabe recordar aquí un dispositivo de democracia semidirecta ya positivado en algunas Constituciones, como es el caso del *recall* o revocatoria popular de los mandatos, a la que enseguida haremos alusión.

Finalmente, todo lo mencionado hasta ahora debe complementarse con un aceptado esquema de justicia electoral que, actuando con imparcialidad e independencia del gobierno de turno, controle firmemente la legitimidad y el desarrollo normal y conforme a derecho de los distintos procesos electorales y, en su momento, audite el financiamiento y el manejo de fuentes y recursos de los partidos políticos y examine la documentación que éstos presenten para avalar los gastos realizados durante las campañas electorales.

C) Pluralismo y participación de la ciudadanía

Para el mantenimiento de la democracia y el Estado de Derecho es fundamental la participación comprometida y responsable de la ciudadanía, la que debe involucrarse en los problemas públicos y de impacto social.

Se ha puntualizado que el concepto de pluralismo ofrece una doble acepción. De un lado, «la verificación empírica de la existencia dentro de la sociedad de diversos intereses, organizaciones, estructuras sociales, valores y comportamientos que confluyen en el juego del poder político con distintas capacidades. Por otra parte, pluralismo recoge una visión normativa tolerante de esa realidad social que le otorga un carácter democrático, en la medida en que la vida en comunidad resulta de la confluencia regulada de diversas visiones sobre ella»²³.

La estabilidad y el desarrollo de la institucionalidad democrática no se logran con ignorancia o desconocimiento de la Constitución, indiferencia o comportamientos anómicos, entendidos estos últimos como representativos de la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales²⁴; sino con una firme actitud que denote la toma de conciencia del trascendente papel que la sociedad civil adquiere en un Estado de Derecho, sobre todo, frente

²³ Mario FERNÁNDEZ BAEZA, Voz «Pluralismo», AA.VV., *Diccionario electoral*, 1ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José de Costa Rica, 1989, pp. 532-533.

²⁴ Cfr. Carlos S. NINO, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

a la inestabilidad y la fragilidad de las democracias en Latinoamérica (ante los reiterados golpes de Estado y dictaduras que han azotado a numerosos países de la región), y con el robustecimiento de la cultura de la legalidad (nutriente del Estado de Derecho), esto es, el acatamiento espontáneo del Derecho.

Como se ha explicado, en América Latina el pluralismo tiene una connotación contemporánea de «fortalecimiento de la sociedad civil», que ha acompañado los procesos de democratización post-autoritarios²⁵.

Por su parte, la anomia puede ser combatida básicamente con educación cívica, información pública veraz, transparencia en el accionar de los gobernantes, combate de éstos a la corrupción²⁶ y a la impunidad y conductas éticas coherentes, es decir, consistencia entre el mensaje que transmiten y lo que hacen en la realidad, de manera que la ciudadanía pueda vivenciar el cumplimiento de la Constitución y el resto de las normas por parte de las autoridades públicas en una suerte de pregón con el ejemplo, que lleve a los ciudadanos a persuadirse de que actuar en consonancia con la ley y acatarla es una forma de enaltecer al Estado de Derecho en el marco de una conducta con sentido y además ética y jurídicamente plausible.

Desde nuestro punto de vista existe una obligación moral del ciudadano de obedecer al sistema normativo del Estado, en la medida que las normas y ese Estado respondan genuinamente a procedimientos democráticos, respeten los derechos humanos y deparen garantías procesal constitucionales reales e idóneas para la tutela de los mismos; pues, de no abastecerse aquellos recaudos mínimos y si la situación institucional —ponderada reflexivamente— fuera crítica, el pueblo también cuenta con el derecho de resistencia a la opresión²⁷.

²⁵ Mario FERNÁNDEZ BAEZA, *op. cit.* en nota 23, p. 533.

²⁶ La preocupación por este flagelo llevó a que en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), se suscribiera el 29 de marzo de 1996 en Caracas la Convención Interamericana contra la Corrupción, que entró en vigor el 3 de junio de 1997.

Los propósitos centrales de la Convención son, de acuerdo con su art. II, los siguientes:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

²⁷ Repárese que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que el 10 de diciembre de 2008 cumpliera sesenta años desde su adopción y proclamación por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y que (junto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada unos meses antes) constituye uno de los instrumentos básicos y vitales en materia de protección de los derechos fundamentales, establece en el tercer párrafo de su Preámbulo: «Considerando 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».

En ese sentido y luego de preguntarse cómo generar los hábitos de obediencia al derecho, Cárdenas señala que, por un lado, es necesario perfeccionar la democracia y el Estado de Derecho, orientar las normas hacia una visión garantista con la más amplia protección de los derechos humanos; y por otro, construir una ciudadanía más informada, reflexiva y crítica respecto de sus instituciones y normas²⁸.

De su lado, la igualdad de los habitantes y la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente de género, étnica y racial²⁹, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas³⁰ y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana³¹.

D) Mecanismos de democracia semidirecta o participativa

Ligado al tema que acabamos de abordar, es igualmente valioso que la Constitución Política y/o la ley contemplen mecanismos de «democracia semidirecta o participativa»³², es decir, aquella que posibilita la participación directa del pueblo en el proceso de formulación de las decisiones del poder en el Estado³³. Pero de la misma manera, es esencial que tales dispositivos funcionen auténticamente en la realidad y no queden sólo «atrapados» en la letra de la norma en cuestión y, por tanto, aletargados en la inocuidad.

²⁸ Jaime CÁRDENAS, «¿Es posible el Estado de Derecho sin adhesión al sistema normativo?», en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 1, III, UNAM, México, D.F., 2007, p. 241.

²⁹ Vale recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, especifica en su art. 2.1: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*» (remarcado agregado).

³⁰ Sobre el tema, ver Víctor BAZÁN, 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.º 108, septiembre-diciembre 2003, III, UNAM, México, D.F., pp. 759-838.

³¹ Ver en tal sentido, el art. 9 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001 en sesión especial de la Asamblea General de la OEA.

³² Algunas reflexiones en torno al punto pueden verse en Víctor BAZÁN, «El valor participación popular: los mecanismos de democracia semidirecta», en Germán BIDART CAMPOS y Andrés GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *Los valores en la Constitución Nacional*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 367-402.

³³ Cfr. Carlos S. FAYT, *Derecho Político*, 11ª ed. actualiz., Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 313.

Nos referimos por ejemplo a herramientas tales como³⁴:

- El referéndum, institución política por la cual el cuerpo electoral opina sobre, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asambleas constituyentes o legislativas³⁵. Desde una perspectiva un poco más amplia en cuanto al espectro de cobertura de la figura, Fayt puntualiza que se hace efectiva por medio de un procedimiento de consulta al electorado a fin de que —a través del sufragio— se pronuncie por la aprobación o el rechazo de las resoluciones adoptadas por alguno de los órganos del poder del Estado³⁶. Eventualmente, el dispositivo en cuestión puede resultar útil para el Estado de Derecho, por supuesto, siempre que el procedimiento no se distorsione en la práctica mediante la propaganda o la manipulación electorales³⁷ o quede axiológicamente desvirtuado al contener, más allá del envoltorio formal de la cuestión sobre la que en teoría se consulta, la sola pretensión de lograr la certificación popular de un proyecto exclusivamente personal para acumular poder y/o perpetuarse en el mismo;
- la iniciativa popular legislativa, por cuyo intermedio un determinado número de ciudadanos establecido por la Constitución o la ley puede instar o iniciar, sin la intermediación de otro órgano, el procedimiento de sanción de una ley ante el Poder Legislativo. En otras palabras, puede presentar un proyecto de ley para su necesario tratamiento, lo que, obviamente, no garantiza su aprobación; y
- la revocatoria popular de los mandatos o revocación popular (conocida en EE.UU. como «*recall*»), mediante la que una parte del cuerpo electoral solicita la destitución o separación de los funcionarios electivos que no han cumplido su mandato o que por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones han dejado de merecer la confianza depositada en ellos por el electorado³⁸, procedimiento destitutorio que puede movilizarse transcurrido un lapso de tiempo prudencial desde el comienzo del mandato que se pretende dejar sin efecto.

Es justo reconocer que el análisis de estos institutos³⁹ reactualiza el

³⁴ Naturalmente, la nómina es ilustrativa y referencial, pues no en todos los países existen tales procedimientos; e incluso donde están implementados pueden variar sus denominaciones, modalidades, alcances y efectos.

³⁵ Cfr. Jorge M. GARCÍA LAGUARDIA, Voz «Referéndum», *loc. cit.* en nota 23, p. 561.

³⁶ Carlos S. FAYT, *op. cit.*, p. 313.

³⁷ Cfr. Jorge M. GARCÍA LAGUARDIA, *op. cit.*, p. 562.

³⁸ Cfr. Carlos S. FAYT, *op. cit.*, p. 316.

³⁹ FAYT incluye entre los mecanismos de democracia semidirecta al plebiscito, conceptuándolo como el derecho reconocido al cuerpo electoral para intervenir en la ratificación o apro-

debate sobre la tensión entre la «democracia indirecta o representativa» y la «democracia semidirecta o participativa», a cuyos conceptos aludíáramos. Sin embargo, pensamos que la existencia de mecanismos de democracia semidirecta no implica un desplazamiento, vaciamiento o abandono de la democracia representativa, sino que, usados genuinamente y no enturbiados por opacas maniobras electorales, son idóneos para oxigenar la democracia representativa, potenciar la participación de la ciudadanía y dinamizar el sistema político.

Mutatis mutandi, y según lo plantea Ferrajoli, «la democracia es el fruto de una constante tensión entre poder político-representativo, que se identifica con el estado, y poder social-directo que se identifica con el ejercicio de las libertades en función de permanente alteridad y oposición. Entendidas en este sentido, ‘democracia representativa’ y ‘democracia directa’ no constituyen dos modelos alternativos de democracia, sino que son más bien una el soporte de la otra. En ausencia de democracia directa, en efecto, la democracia representativa únicamente puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles. En ausencia de democracia representativa, la democracia directa está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas»⁴⁰.

5. DIVISIÓN DE PODERES⁴¹ Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS O EXTRAPODERES

A) Controles y contrapesos

El Estado de Derecho con raíz democrática y constitucional, como necesariamente debe ser concebido hoy, supone de modo ineludible la se-

bación de un acto esencialmente político, de naturaleza constitucional o gubernamental; aunque reconoce que en realidad el plebiscito se confunde institucionalmente con el referéndum (ídem).

⁴⁰ Luigi FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 947-948.

⁴¹ Por razones de simplicidad, en tanto la fórmula léxica «división de poderes» es ampliamente conocida y empleada, mantendremos aquí su utilización.

Sin embargo, no ignoramos la interesante posición de Guastini que escinde en dos las diferentes técnicas de organización del poder político, distinguiendo entre «separación de los poderes» y «división del poder» (énfasis en el original).

Sobre la primera, y antes de señalar que según la doctrina clásica el Estado cumple tres funciones: legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, advierte que el vocablo «poder» condensa en sí dos significados: a) «poder» referido a las funciones del Estado, donde «función» a su vez denota una actividad, esto es, una clase de actos; y b) «poder» en referencia a los órganos del Estado que ejercen las diversas funciones. Desde ese punto de vista, juzga que la separación

paración, el equilibrio, la distribución y la limitación de los poderes (como garantía en favor del pueblo), además de los postulados republicanos de posibilidad de alternancia en el acceso al poder y periodicidad de los mandatos (axiomas que, rectamente interpretados, llevan a desterrar todo intento de implementar normativamente cualquier «reelección indefinida» aplicable a cargos públicos), publicidad y responsabilidad de los gobernantes⁴², es decir, que éstos rindan cuentas de su gestión al pueblo. Gráficamente, BOBBIO ha expresado: «Con redundancia se puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder “público” en “público”»⁴³.

En otras palabras y sintetizando al extremo aquella apreciación, el Estado de Derecho lleva ínsito el ejercicio del poder con controles y contrapesos. Naturalmente lo ideal es que los controles (v.gr. en materia de gasto público) sean serios, transparentes, reales e independientes de los controlados.

Corresponde consolidar una lógica institucional sustentable enderezada a: respetar la armonía de los Poderes del Estado, evitando que se desequilibre el sistema por el hiperdimensionamiento de alguno de ellos en detrimento de los demás; reforzar la independencia y la credibilidad de la justicia sorteando los riesgos de manipulación política (entre otros aspectos, en lo tocante a los mecanismos para la designación y la remoción de jueces); y solidificar la asunción del rol fundamental del Poder Legislativo en el Estado Democrático de Derecho, evitando distanciarse aún más de los electores y sorteando peligrosas retracciones o repliegues en favor del Poder Ejecutivo, pues de lo contrario, se volatilizará la esencia de la forma de gobierno republicana, se desvirtuará la democracia constitucional, se acentuará la «crisis de representatividad» y paulatinamente se perderá en calidad institucional.

de los poderes consiste en una doble separación: de las funciones y de los órganos. Por su parte, entiende que el modelo de separación de los poderes resulta de la combinación de dos principios: el de especialización de las funciones y el de independencia recíproca de los órganos. En otras palabras «separar» significa especialización cuando está referido a funciones, e independencia cuando se refiere a órganos.

De su lado, «división del poder» es la técnica de organización constitucional comúnmente conocida como *checks and balances*: frenos (o controles) y contrapesos. Se rige por la simple idea de Montesquieu según la cual «sólo el poder frena al poder» y en ese sentido, para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos es necesario no ya que los «poderes» estén perfectamente «separados» sino por el contrario que a cada «poder» se contraponga otro, capaz de condicionarlo y de frenarlo.

Todo lo anterior cfr. Ricardo GUASTINI, «¿Separación de los poderes o división del poder?», trad. de María Bono López, en su libro *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1ª ed., 1ª reimpres., Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 59-83, en esp. pp. 59-60, 64 y 66.

⁴² Ver para ampliar, Jorge Reinaldo VANOSI, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, 1ª ed. de la ed. 1982, correg. y aument., Buenos Aires, 1987, pp. 2-3.

⁴³ Norberto BOBBIO, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1994, p. 9.

Para rematar este tramo de la aproximación que nos propusimos, es útil acotar que algunas Constituciones latinoamericanas han escapado del molde habitual del terceto tradicional de poderes, determinando por ejemplo que el Poder Público Nacional se divida en cinco Poderes: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, como lo hace la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 136, dentro del Título IV, «Del Poder Público», Capítulo I, «De las Disposiciones Fundamentales», Sección Primera, «De las Disposiciones Generales»); o escindiéndolo en funciones, por caso, la solución que implementara la Constitución del Ecuador, aprobada en el referéndum de 28 de septiembre de 2008, al diagramar el siguiente quinteto: Legislativa, Ejecutiva, Judicial (y Justicia Indígena), de Transparencia y Control Social, y Electoral (cfr. Título IV, denominado «Participación y Organización del Poder»).

B) Sobre los órganos constitucionales extrapoderes

Por su parte, al tratar el tema de la división de poderes o de funciones no podemos omitir referirnos a los llamados órganos constitucionales extrapoderes.

Sin ingresar al debate sobre la ortodoxia jurídica de tal denominación (y recordando que en algunos sitios se los rotula «entes u órganos constitucionales autónomos»), simplemente mencionaremos que se trata de los órganos públicos estatales no ubicados en la esfera de la tríada clásica compuesta por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pudiendo por ejemplo, citarse los siguientes supuestos, siempre de acuerdo con las respectivas particularidades de la Constitución Política de cada país que los diseñe: el Defensor del Pueblo u *Ombudsman* (como quizás puede ser el caso de Bolivia con la Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009, en sus arts. 219 y ss., y Perú, arts. 161 y 162); el Ministerio Público que, dadas ciertas condiciones, constituye un importante instrumento de control en el Estado de Derecho (en Argentina, art. 120); y hasta un Tribunal o Corte Constitucional (v.gr., en Chile, Capítulo VIII, «Tribunal Constitucional», arts. 92 y ss.; Perú, Título V, «De las garantías constitucionales», arts. 201 y ss.; y Guatemala, Título VI, «Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional», Capítulo IV, «Corte de Constitucionalidad», arts. 268 y ss.).

Simplificando al máximo el problema, las razones de la existencia de tales órganos extrapoderes pueden resumirse —como se ha explicado— en técnicas y políticas⁴⁴.

⁴⁴ En la referencia que realizamos en el texto acerca de los motivos del surgimiento de los órganos extrapoderes, seguimos a Néstor P. SAGÜÉS, «Problemática de los órganos extrapoderes en el diagrama de división de los poderes», *Anuario...*, loc. cit. en nota 7, Tº I, pp. 304-305.

Las primeras obedecen —en la visión del autor citado en este punto— a la complejización, el perfeccionamiento y la sofisticación del Estado en la actualidad, lo que lleva a que determinadas funciones antes aglutinadas en los tres poderes principales, hoy se subdividan, descentralicen y sincronicen con mayores detalles y especificaciones, lo que genera que deban programarse nuevos sujetos estatales que puedan cumplir más idóneamente tales papeles.

Las segundas se vinculan frecuentemente con la idea de un mejor control, de una más acabada fiscalización sobre las ramas tradicionales en que se vertebra el Estado.

En síntesis, los órganos extrapoderes o entes constitucionales autónomos complementan el entramado fiscalizador de los Poderes del Estado (aunque es justo advertir que en no pocas ocasiones se critica la debilidad del control parlamentario en Latinoamérica, que se muestra claudicante ante poderes ejecutivos fuertes y hegemónicos), en el marco de una gama de controles verticales y horizontales en la que a las instancias de contralor institucional deben suplementarse los esperados aportes de la sociedad civil, esto es, firmes mecanismos de control social o ciudadano.

6. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A) Explicación preliminar sobre el «control de constitucionalidad»

Para intentar presentar el tema de un modo sencillo, diremos en primer lugar que no basta con que una Constitución Política afirme ser la norma suprema del Estado, sino que se precisa un mecanismo para garantizar que esa supremacía de la Constitución realmente se efectivice y, además, un órgano o conjunto de órganos que lleve/n adelante semejante tarea. Aquel mecanismo es justamente el control de constitucionalidad y el órgano encargado de ejercerlo puede ser, por ejemplo, un Tribunal o Corte Constitucional, una Sala Constitucional localizada en una Corte o Tribunal Supremos de Justicia, o directamente todos los jueces que componen la estructura del Poder Judicial de un Estado (más adelante ejemplificaremos cada una de estas modalidades de articulación).

Es que no todos los países organizan su sistema de control de constitucionalidad de la misma manera. Históricamente los dos modelos tradicionales han sido el americano o estadounidense (Judicial Review) y el kelseniano o austríaco, que recibe tales denominaciones indistintas por haber sido desarrollado principalmente por el ilustre jurista Hans Kelsen e implementado en la Constitución austríaca de 1920⁴⁵, y que programa un Tribunal Constitucional separado de los tribunales comunes.

⁴⁵ Como matización, debe aclararse que a comienzos de 1920, unos meses antes de aparecer el Tribunal Constitucional de Austria en la mencionada Constitución, puede ubicarse el Tribunal Constitucional implantado por la Constitución de la (entonces) Checoslovaquia.

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

El segundo es concentrado y principalmente realizado por un Tribunal o Corte Constitucional o Sala Constitucional de una Corte o Tribunal Supremos de Justicia. En la concepción original, por tanto, se prefigura un órgano que centralizadamente lleva adelante ese control y, en el supuesto de considerar inconstitucional una norma, ésta es expulsada del sistema. Ello significa que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *erga omnes*, es decir, para todos, o lo que es lo mismo, produce consecuencias generales. Tal modalidad fiscalizatoria es además abstracta, desde que se realiza un cotejo entre la norma cuestionada y la Constitución para verificar su adecuación a ésta, con prescindencia (o abstracción) de la aplicación concreta de aquella regla.

Andando el tiempo, esos dos modelos tradicionales y estructurados han sido objeto de diversas formas de articulación que fusionan o hacen convivir sin fundirse ingredientes de uno y otro para dar lugar a sistemas mixtos de justicia constitucional, con características particulares en cada país y que difieren unos de otros, produciendo un fenómeno de hibridación de aquellos esquemas estadounidense y kelseniano.

Pegoraro sintetiza el punto manifestando que «la traslación en bloque del tipo americano o del modelo austríaco se ha sustituido sucesivamente por modelos más dúctiles, específicos y poliformes»⁴⁶.

En presentación rudimentaria, que obviamente no cubre todos los supuestos y variantes y que deja de lado entre otras cuestiones la rica temática de las sentencias «atípicas» o «intermedias»⁴⁷, puede graficarse el pa-

Al respecto, ver para ampliar Domingo GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional», en Víctor BAZÁN (coord.), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, Tº I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, en prensa.

⁴⁶ Lucio PEGORARO, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, trad. de Marta León Alonso, Madrid, p. 169.

⁴⁷ Sobre el punto, puede consultarse Víctor BAZÁN, «De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas», *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

radigma mixturado de la siguiente manera⁴⁸: los jueces integrantes del Poder Judicial ejercen control difuso en determinados litigios de constitucionalidad con efectos limitados al caso concreto; mientras que el Tribunal Constitucional (o el órgano equivalente) recepta concentrada y exclusivamente la atribución de juzgar ciertas acciones que pueden deducir sujetos determinados en la Constitución o la ley como legitimados activos, y sus fallos producen efectos generales o *erga omnes*.

Enunciativamente y con matices y modalidades diferenciados, puede verificarse la existencia de mixturas en los modelos colombiano, venezolano y guatemalteco. *Altri tempi*, también en el ecuatoriano, pues hoy pareciera haberse evaporado la atribución de jueces y tribunales (plasmada en el art. 274 de la Constitución de 1998) de inaplicar una norma en el caso concreto por reputarla inconstitucional remitiéndola al Tribunal Constitucional para que, sin alterar dicha sentencia del juez o tribunal, decida para el futuro y —generalmente— de manera obligatoria, si la norma dejada de aplicar colisiona o no con la Constitución. Tal «desaparición» de la mencionada facultad se presume a partir de lo dispuesto por el nuevo artículo 428 constitucional, que acrecienta la concentración del control de constitucionalidad en la Corte Constitucional, reemplazante del Tribunal Constitucional⁴⁹.

Sin abandonar el enfoque meramente referencial, y para visualizar en la praxis la convivencia de ambos sistemas (concentrado y difuso), en un esquema que carece de un Tribunal o Sala Constitucionales formalmente instaurados por la Constitución, como el de Brasil, la modalidad de control concentrado centraliza en el Supremo Tribunal Federal el control de constitucionalidad cuando viene estimulado, v.gr., por vía de la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declarativa de constitucionalidad, la acción de inconstitucionalidad por omisión y la acción de incumplimiento; mientras que, en paralelo, en el radio de cobertura del control difuso el deber de ejercer tal fiscalización constitucional se desgrana irradiándose hacia todas las instancias que integran el Poder Judicial Federal.

⁴⁸ Sin agotar las alternativas taxonómicas, apuntamos referencialmente que prestigiosa doctrina peruana habla del mecanismo «dual o paralelo», que opera en ese país. Sobre este último punto, ver Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 133 y ss.

⁴⁹ De acuerdo con esta nueva cláusula constitucional, «cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto, la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente».

De cualquier manera, sea que en la programación jurídica de una nación exista un Tribunal o Corte Constitucionales (o un órgano análogo con otro rótulo), o ya que se haya escogido el modelo de control concentrado, difuso o mixto (por simplificar las categorías taxonómicas); en definitiva lo importante es que tales estructuras orgánicas y los instrumentos procesal constitucionales creados sean realmente idóneos para defender la Constitución de normas o, en su caso, actos públicos o privados, que sean contrarios a ella y bloqueen o mediatocen su supremacía y normatividad.

B) Algunos ejemplos de articulación de la justicia constitucional en el derecho comparado americano

En el derecho comparado americano el fenómeno de la magistratura constitucional especializada exhibe diferentes modalidades fisonómicas y formas de emplazamiento institucional. Al respecto vale enumerar las siguientes variantes, cada una de ellas con ingredientes propios:

- a) Tribunales Constitucionales, en los casos de Chile y Perú, o Corte de Constitucionalidad, en el de Guatemala, diseñados como órganos extrapoderes; línea que siguió el Tribunal Constitucional de Ecuador (Título XIII, Capítulo II, de la Constitución de 1998), como vimos hoy sustituido en la Carta Política en vigor por la Corte Constitucional (Título IX, Capítulo II), Ley Fundamental que además ha deparado nuevos procesos o acciones constitucionales que tramitan en el ámbito de esta última⁵⁰.
- b) Tribunales o Cortes Constitucionales que, aun cuando ostenten autonomía de funcionamiento, están formalmente ubicados en el Poder Judicial; por ejemplo, lo que sucede en Colombia, cuya Corte Constitucional está encuadrada en el Título VIII: «De la Rama Judicial», Capítulo IV: «De la Jurisdicción Constitucional».
- c) Salas Constitucionales localizadas en las Cortes Supremas de Justicia, como se verifica en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela, aunque en el supuesto de este último país el máximo órgano judicial al que se integra la Sala Constitucional recibe el nombre de Tribunal Supremo de Justicia.

⁵⁰ La Asamblea Constituyente ecuatoriana se instaló el 30 de noviembre de 2007 y finalizó su labor el 25 de julio de 2008, diagramando una extensa Carta Política de 444 artículos, 30 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 1 Disposición Final.

Específicamente el art. 429 ha determinado que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; añadiéndose en el art. 436, inc. 1º, que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, (y) de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano.

- d) En sentido convergente a lo descripto en las líneas inmediatamente anteriores, puede igualmente traerse a colación el caso de la Suprema Corte de Justicia de México, que por medio de sucesivas reformas legales y constitucionales (1987/1988, 1994/1995, 1996, 1999) ha experimentado una metamorfosis funcional que la ha conducido a absorber competencias primordialmente en materia constitucional y, aunque con matices, buena parte de la doctrina mexicana preconiza la efectiva conversión de aquélla en un Tribunal Constitucional, pese a que mantiene cierto bagaje competencial que en puridad no es propio éste.

Por su parte, incluso en modelos que adoptan el control de constitucionalidad difuso o desconcentrado (por ejemplo, EE.UU. y Argentina) se visualizan vestigios o ingredientes que de algún modo los aproximan a los sistemas centralizados o concentrados.

Así, en EE.UU., donde —como vimos— floreció la *Judicial Review* (con la que mucho tuvo que ver el señero fallo de 1803 recaído en «*Marbury vs. Madison*»), en una simplificación extrema del problema puede señalarse que la Suprema Corte de Justicia Federal actúa como un Tribunal Constitucional *de facto* por medio de la utilización del *writ of certiorari*, al focalizar casi exclusivamente cuestiones de naturaleza constitucional; por cierto, sin olvidar además la pauta *stare decisis*, es decir, la regla del precedente que debe ser seguida por los tribunales inferiores.

Convergentemente, y con sus peculiaridades, una observación empírica permite visualizar que en el contexto federal de la Argentina su Corte Suprema de Justicia (órgano que se emplaza en la cúspide del Poder Judicial) se encuentra en trance de diseñar una nueva identidad institucional y de perfilar un renovado esquema de jurisdicción constitucional⁵¹ (¿para acercarse de hecho a un Tribunal Constitucional?). Así lo demuestran algunas sentencias y acordadas, dictadas principalmente en época reciente, en las que transmitió un mensaje reivindicatorio de su rol de cabal Poder del Estado y aclaratorio de la silueta funcional que identifica como primordial: centrar cuantitativa y cualitativamente sus esfuerzos en el examen de cuestiones constitucionales sustantivas; además de haber declarado en varios fallos —aunque no de modo demasiado contundente— que éstos son vinculantes para los tribunales subordinados. Obviamente, ni el proce-

⁵¹ Sobre el punto y entre otros trabajos de Víctor BAZÁN, véase para ampliar: «La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 25-61; 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.

so de reconfiguración del Alto Tribunal ni las citadas señales que trasunta pueden llevar a la confusión de creer que se ha abandonado el control difuso de constitucionalidad en cabeza de todos los jueces. En cualquier caso, quizás a partir del reacondicionamiento del escenario institucional en que la Corte se mueve sólo pueda aventurarse que se camina hacia la implementación de un modelo con perfiles mixturados.

Para cerrar este tramo del trabajo, vale traer a colación que Fernández Segado, en un valioso estudio, ha compendiado algunos de los aportes que a la justicia constitucional ha realizado Latinoamérica. Entre otros, resalta los siguientes: a) la estrecha conexión entre el control judicial de constitucionalidad y la protección de los derechos constitucionales, que propició el nacimiento del amparo, un instituto procesal de garantía de los derechos de universal relevancia; b) el protagonismo que en muchos países de América Latina ha asumido la Corte Suprema en lo que al control jurisdiccional se refiere, verificándose en muchos de ellos un verdadero monopolio del control jurisdiccional de constitucionalidad por tal órgano, para pasar el autor citado a ubicar el origen del control concentrado de constitucionalidad en Colombia y Venezuela a mediados del siglo XIX y recalcar el nacimiento en Cuba del primer Tribunal Constitucional de Latinoamérica, al menos en sentido material (el «Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales»), en 1949; c) el desencadenamiento de una modalidad de control preventivo inicialmente circunscripta a Colombia, Venezuela y Ecuador, pero luego expandida geográficamente, siendo tal modalidad la que propició el nacimiento del Tribunal Constitucional chileno en 1970; y d) la acción popular de inconstitucionalidad, uno de los institutos procesales más característicos de América Latina, cuya génesis puede situarse a mediados del siglo XIX en Colombia y Venezuela y ampliada posteriormente a varios países del área⁵².

C) La importancia de una jurisdicción constitucional activa, independiente y prudente

Como señalábamos anteriormente, existe una relación dialéctica entre Constitución democrática y derechos fundamentales, vinculación de la que la justicia constitucional es parte esencial, moldeándose —como grafica Rolla— una especie de triángulo equilátero, que enlaza una trilogía de características básicas del constitucionalismo contemporáneo: principio de legalidad, garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional⁵³.

⁵² Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*, Justin FROSINI y Lucio PEGORARO (eds.), Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, CLUEB, Bologna, 2006, pp. 117/120.

⁵³ Giancarlo ROLLA, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit. en nota 18, p. 57.

En sentido coincidente, el mismo autor apunta que la Constitución no alberga únicamente un conjunto de normas, sino que además contiene la afirmación de principios y valores que unifican una comunidad social, por lo que el deber actual del juez constitucional consiste en ser dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento⁵⁴.

Convergentemente se ha sostenido que en Europa, aunque con irradiaciones hacia el ámbito latinoamericano, la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución, ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Ley Fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los Poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquella ordena el sistema político y los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los Poderes del Estado⁵⁵.

En otras palabras, en su momento el robustecimiento de los Tribunales Constitucionales europeos se debió a la transformación que, fundamentalmente luego de la segunda posguerra mundial, favoreció el surgimiento progresivo de una Constitución concebida como norma jurídica —por tanto, dotada de riqueza y potencia normativas—, impregnada de valores y principios, y presente en todos los espacios jurídicos y en todos los conflictos mínimamente significativos.

Este fenómeno de enaltecimiento jurídico y axiológico de la Constitución, complementado con la vertebración de la justicia constitucional como instrumento para su defensa y la atribución consonante de ejercer control de constitucionalidad sobre productos legislativos (que pueden llevar hasta a expelerlos del sistema), ha generado fricciones (y continúa haciéndolo) entre el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos sistemas de contralor de constitucionalidad) y el Parlamento, Congreso o Asamblea Nacionales; problema que no es nuevo ni de sencilla resolución.

Sea como fuera, para una pacífica convivencia de ellos en el Estado de Derecho, útil sería que el Legislativo y el Judicial o Tribunal Constitu-

⁵⁴ Giancarlo ROLLA, «El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo», en Juan VEGA GÓMEZ y Edgar CORZO SOSA (coords.), 'Instrumentos de tutela y justicia constitucional', *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002), IIJ, UNAM, México, D.F., 2002, p. 364.

⁵⁵ Marc CARRILLO, «La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno», en Raúl MORODO y Pedro DE VEGA (dirs.), *Estudios...*, *op. cit.* en nota 16, p. 1472.

cional recanalicen sus relaciones en términos de diálogo y convivencia institucional madura y no con una impronta confrontativa o de lucha de poder⁵⁶. Ambos centros de poder no pueden perder de vista que se encuentran normativa, política y axiológicamente vinculados a la Constitución, unidad de orden y de sentido de todo el ordenamiento jurídico⁵⁷.

Ello, en el marco de una dinámica armónica que sin mengua de la insoslayable tarea del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en orden a preservar la vigencia normativa suprema de la Constitución, al mismo tiempo se muestre respetuoso de la división de poderes y la autoidad democrática del legislador.

Para el Estado de Derecho es imprescindible, por ende, una jurisdicción constitucional activa, independiente, valerosa y legitimada socialmente; pero al mismo tiempo, prudente, reflexiva, equilibrada y consciente de sus límites⁵⁸.

D) Los jueces y magistrados constitucionales en el Estado de Derecho

Es fundamental que la justicia constitucional esté integrada por magistrados suficientemente capacitados, imparciales e independientes.

De ninguna manera ello puede ser leído en el sentido de que aquéllos deban carecer de ideología, porque son seres humanos y no máquinas, con sentimientos, pasiones, defectos y virtudes. La asepsia ideológica en aquéllos sería además peligrosa ya que deben lidiar con cuestiones de textura social e intrínsecamente políticas, que en su bagaje genético portan una fuerte carga ideológica, como las que involucran a la Constitución, el accionar de los Poderes del Estado y la tutela de los derechos fundamentales.

En todo caso, los requisitos de independencia e imparcialidad que aquí se predicen (además del de idoneidad) apuntan a que los jueces constitucionales no sean rehenes del gobierno de turno ni se dejen doblegar por

⁵⁶ Ver sobre el punto, Víctor BAZÁN, «Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso», en Jorge GENTILE (comp.), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 899-929.

⁵⁷ Cfr., en cuanto a esta última apreciación (la Constitución como unidad de sentido de todo el ordenamiento jurídico), Ángel GARRORENA MORALES, «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas», *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, p. 1843.

⁵⁸ Sobre éste y otros aspectos de la cuestión, ver Víctor BAZÁN, «Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica», *Anuario...*, loc. cit. en nota 7, T. I, pp. 37-61.

presiones político-partidistas; que sean valientes pero no temerarios ni inflexivos a la hora de tomar sus decisiones; que sean demócratas, no desde la vacía retórica, sino en sus pensamientos y acciones; que estén consustanciados con la importancia cardinal de los derechos humanos; que sean conscientes de su rol sustancial en el Estado de Derecho y, con prudencia, que prevean el impacto y las probables consecuencias que las sentencias que emitan pudieran tener en la sociedad civil, el Estado y el ámbito internacional (sería un error ignorar la creciente interacción y retroalimentación del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos). Y todo ello porque ya no es posible soslayar que en buena medida la legitimidad de tales magistrados se cifra en la racionalidad de sus decisiones.

En semejante escenario cobran cada día mayor relevancia los mecanismos de selección de los futuros miembros de la magistratura constitucional, ámbito en el que cabe bregar por ejemplo en aras de que la influencia de los intereses político-partidarios no sea «excluyente» o la «maleabilidad» del candidato no represente un «valor» que cotice alto a la hora de escogerlo.

Imposible perder de vista en ese sentido el mayúsculo volumen institucional de las funciones y responsabilidades que absorbe el órgano de cierre de la justicia constitucional en el Estado de Derecho. Es, ni más ni menos, el intérprete máximo y final de la Carta Fundamental; cumple un papel trascendente en la defensa y realización de ésta; coadyuva en la tarea de factibilizar la pervivencia de la institucionalidad y la legitimidad democráticas al operar como armonizador de los Poderes del Estado; es el último reducto protectorio de los derechos humanos en el plano interno y, por tanto, elemento de articulación con las instancias internacionales para lograr una interacción sostenible en pro de la efectiva tutela del ser humano.

Por lo demás, y como advertíamos, ese tribunal de cúspide de la jurisdicción constitucional deberá conducirse movido y convencido de la utilidad del diálogo institucional constructivo y no desde la insularidad o el confinamiento a la hora de tomar decisiones de trascendencia pública, como si sus días transcurrieran en una cápsula insonorizada. Sin duda, debe buscar y tender líneas de contacto con la ciudadanía (para lo cual figuras y procedimientos como el *amicus curiae*⁵⁹ y las audiencias públi-

⁵⁹ Para un análisis del tema, ver Víctor BAZÁN, por ejemplo, en «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, T. II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 251-280; y «*El amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.º 10, 2006, CEPC, Madrid, 2006, pp. 15-50; y «*El amicus curiae*», *La Ley*, Tº 2009-D, Buenos Aires, pp. 1325-1337.

cas en cuestiones de relevancia social pueden reportar beneficios) y también con el Congreso, el Poder Ejecutivo y otros órganos constitucionales autónomos.

Es oportuno recordar que, como *mutatis mutandi* explica NINO, la «independencia» judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad⁶⁰.

7. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) Un imperativo de la democracia y el Estado de Derecho. El papel de las ONG y el Defensor del Pueblo en la tutela de los derechos humanos y como instancias de control del poder

a) Sin duda, la democracia es el escenario cultural, jurídico, político y axiológico indispensable para el ejercicio genuino y efectivo de los derechos humanos.

Y ciertamente, uno de los imperativos del Estado de Derecho consiste en fortalecer los mecanismos internos en pro de la exigibilidad y la justiciabilidad tanto de los derechos reconocidos explícitamente en la Constitución Política, como de los implícitos que le son subyacentes, debiendo por supuesto incluirse en la cobertura tuitiva a los derechos colectivos o de incidencia colectiva (según la terminología que cada ordenamiento adopte) que receptan notable magnitud jurídica y axiológica, puesto que hoy sería claramente inconveniente y desacertado, por ejemplo, no prestar suficiente atención al derecho al ambiente sano y equilibrado o al derecho a la paz.

No caben aquí distinciones categoriales entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que procuren forzosamente dar base a infundados argumentos en el sentido de que aquéllos sí son justiciables mientras que no sucede lo propio con estos últimos; o que, al tiempo que los primeros son de cumplimiento inmediato, los DESC sólo lo serían progresivamente y en la medida de los recursos financieros del Estado.

Es que, en primer lugar y como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de en-

⁶⁰ Carlos S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 705.

tividad jurídica e interrelación y complementación, pero de ninguna manera separación antinómica⁶¹.

En segundo lugar, no sería serio pretender justificar eternos incumplimientos estatales en el plano de los DESC esgrimiendo el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, porque como se sabe, la observancia de ciertos derechos humanos no legitima la denegación de otros, ya que la pauta de indivisibilidad de los derechos justamente prohíbe de modo taxativo que el logro de mejoras en uno de ellos sea a expensas de otro u otros.

Por último, y en tercer lugar, si los económicos, sociales y culturales están sometidos a un patrón de progresividad para su cumplimiento por el Estado, parece apropiado pugnar por la superación de un concepto nocivo de progresividad simbólica muy próxima a una suerte de inmovilidad o latencia, para desplazarse hacia la progresividad efectiva y real de tal modalidad de derechos. Ello conduciría a una progresiva efectividad que se retroalimenta con otro límite sustancial para el Estado: la prohibición de regresividad.

Dicho de otro modo, en materia de protección y realización de los derechos no sólo se debe avanzar progresivamente sino que está prohibido retroceder.

Para cerrar este punto, es preciso advertir que cuando hablamos de los DESC no nos referimos a meras abstracciones o especulaciones académicas alejadas de la realidad, sino concretamente a derechos cotidianamente esenciales, como los vinculados a la salud, la alimentación adecuada, la educación, los salarios y condiciones dignos de trabajo, los montos decentes de jubilaciones o pensiones para los adultos mayores, las posibilidades de acceso a una vivienda decorosa, entre otros.

b) En el plano interno adquieren relevancia como medios de garantía y realización de los derechos humanos, la activa participación y el firme compromiso de algunas organizaciones no gubernamentales (ONG), principalmente sustentadas en el valor solidaridad y dirigidas al cumplimiento de una finalidad socialmente plausible (v.gr., en defensa del ambiente, de los derechos de usuarios y consumidores, de la niñez y la infancia, de los pueblos indígenas, del derecho humanitario, de la promoción y protección

⁶¹ Ver Víctor BAZÁN, por ejemplo en «Los derechos económicos, sociales y culturales, ¿realidad o ficción?», en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IV, III, UNAM, México, D.F., 2008, pp. 633-662; y «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, T. II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2005, pp. 547-583.

de los derechos humanos en general, u orientadas a la investigación de desaparición forzada de personas, etc.), muchas de las cuales despiertan más confiabilidad en la ciudadanía que las propias autoridades gubernamentales y se convierten en instancias que ofrecen la posibilidad de participación popular.

Además, y siempre en función de las particularidades de cada regulación específica y de la importancia e influencia de la ONG en cuestión, pueden, v.gr., cumplir funciones de mediación y diálogo con los poderes públicos; ostentar legitimación procesal y actuar como *amicus curiae* en causas de trascendencia pública e impacto social; embarcarse en «litigios estratégicos» por medio de casos testigo en diversos temas anudados a la tutela de derechos fundamentales⁶²; incidir en la opinión pública; influir en la conformación de políticas públicas en materia de derechos humanos; y apoyar reformas legales para optimizar el funcionamiento democrático.

Asimismo, puede ser provechosa la faena que tales organizaciones de la sociedad civil desplieguen como medios de control para estimular la transparencia de las instituciones públicas y controlar o reducir la corrupción⁶³, coadyuvando a superar los hoy deprimidos niveles de credibilidad que distintos organismos del sector público despiertan en la población.

⁶² Según se explica en una publicación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) —una ONG argentina seria, comprometida con la lucha por los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de Derecho, y con importante predicamento en los ámbitos interno e interamericano— el *litigio estratégico* es «recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos». Añade que «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 políticos es un modo de insertarlos en la discusión pública y otorgarles visibilidad» («Introducción», *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, CELS, Siglo XXI Editores, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, pp. 17/18).

⁶³ Con las reservas que la fidedignidad de la información pueda tener (pues sus críticos han cuestionado que se pondera la valoración subjetiva de los encuestados sobre el grado de corrupción de los países examinados, y en consecuencia no se basa en información objetiva), sólo ilustrativamente traemos a colación una referencia sobre el IPC (Índice de Percepción de la Corrupción) de «*Transparency International*», organización no gubernamental que a través de aquél asegura medir los niveles de percepción de corrupción en el sector público en un país determinado, que consiste en un índice compuesto basado en diversas encuestas a expertos y empresas. El IPC 2008 ha clasificado 180 países en una escala de 0 —percepción de muy corrupto— a 10 —percepción de ausencia de corrupción— (ver http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008/espanol).

Según el IPC 2008, los países americanos no ocupan los primeros lugares del ranking. Son destacables los casos de Chile y Uruguay que comparten el puesto 23, con un IPC *score* de 6.9

En análoga línea se encuentra otra útil figura en el Estado de Derecho: el «Defensor del Pueblo»⁶⁴ u «*Ombudsman*». Este último término es —como se sabe— de procedencia sueca, pues en este país surgió modernamente el instituto y allí se perfilaron sus notas básicas, exportándose luego a distintas naciones para dar forma a una policroma diversidad de modelos.

La institución recibe diferentes denominaciones en el derecho comparado. Por ejemplo, se lo rotula «Defensor del Pueblo» en Argentina, Colombia, Paraguay (aunque en las Constituciones de estos dos últimos países exista alguna alusión a la expresión «Defensoría del Pueblo»); mientras que se recurre a las terminologías «Defensoría del Pueblo» en Bolivia, Ecuador, Panamá, Perú, Venezuela; «Defensoría de los Habitantes» en Costa Rica; «Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos» en El Salvador y Nicaragua; «Procurador de los Derechos Humanos» en Guatemala; «Comisionado Nacional de los Derechos Humanos» en Honduras; y «Comisión Nacional de los Derechos Humanos» en México. Ya en Europa se lo designa «Defensor del Pueblo» en España, «*Médiateur*» en Francia, «*Provedor de Justiça*» en Portugal, etc.⁶⁵

Más allá de las diferencias que registra en los diferentes ordenamientos jurídicos en cuanto a su naturaleza, ubicación en la estructura estatal, funciones, etc.; a modo de compendio básico debe destacarse que es valiosa como institución de garantía y su presencia y actuación resultan significativas para la defensa de los derechos humanos, la consolidación de la es-

y un «*confidence range*» (CR) de 6.5 - 7.2; mientras que, sólo enunciativamente, en el sitio 36 aparece Puerto Rico con valores de 5.8 y un CR de 5.0 - 6.6; en el 47 Costa Rica, con 5.1 y 4.8 - 5.3; en el 65 Cuba con 4.3 y 3.6 - 4.8; en el 67 El Salvador, con 3.9 y 3.2 - 4.5; en el 70 Colombia, con 3.8 y 3.3 - 4.5; el lugar 72 es compartido por México, con 3.6 y 3.4 - 3.9, Perú con 3.6 y 3.4 - 4.1, Surinam con 3.6 y 3.3 - 4.0 y Trinidad y Tobago con 3.6 y 3.1 - 4.0; en el 80 está Brasil con 3.5 y 3.2 - 4.0; en el 85 Panamá con 3.4 y 2.8 - 3.7; en el 96 Guatemala con 3.1 y 2.3 - 4.0 y Jamaica con 3.1 y 2.8 - 3.3; en el 102 Bolivia con 3.0 y 2.8 - 3.2 y República Dominicana con 3.0 y 2.7 - 3.2; en el 109 Argentina con 2.9 y 2.5 - 3.3 y Belice con 2.9 y 1.8 - 3.7; en el 126 Honduras con 2.6 y 2.3 - 2.9; en el 134 Nicaragua con 2.5 y 2.2 - 2.7; en el 138 Paraguay con 2.4 y 2.0 - 2.7; en el 151 Ecuador con 2.0 y 1.8 - 2.2; en el 158 Venezuela con 1.9 y 1.8 - 2.0; y en el 177 Haití con 1.4 y 1.1 - 1.7. La tabla respectiva con los índices de todos los países evaluados puede consultarse en http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008/cpi_2008_table.

⁶⁴ Algunas reflexiones sobre el tema pueden compulsarse en BAZÁN, Víctor, «El Defensor del Pueblo de la Nación argentina: Descripción de la figura. Actualidad. Prospectiva», en *Ius et Praxis*, Año 7, N° 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Chile, 2001, pp. 123-182.

⁶⁵ Ver una referencia acerca del particular en María Luisa CAVA DE LLANO Y CARRIÓ, comentario al art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981 de España, en Antonio ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo y Aranzadi - Thomson, Navarra, 2002, pp. 60-61.

estructura democrática, el control de las administraciones estatales y demás organismos públicos. Por supuesto, siempre que sea independiente en su funcionamiento, cuente con prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad que la resguarden de presiones y eviten que su autonomía se vea minada, y —entre otros puntos— que esté dotada de legitimación procesal⁶⁶.

En síntesis, y en expresión que se ha convertido en lenguaje común al referirse al instituto que examinamos, se trata de una magistratura persuasiva y no coercitiva, ya que tiene capacidad de investigación pero se expide por medio de recomendaciones no vinculantes. En algunos sitios ha adquirido prestigio institucional y es merecedora de la confianza del pueblo al haber dado muestras de su valor como instancia garantística frente al Estado, por su influencia en la opinión pública y aporte a la consolidación del sistema democrático.

B) El Estado y la observancia de las obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Vinculado a lo que se mencionara en el apartado precedente, es condición irrecusable para todo Estado que se precie de «democrático» y, en consecuencia, respetuoso de los derechos fundamentales, honrar y cumplir los compromisos adquiridos al suscribir y ratificar instrumentos internacionales en la materia.

A su vez, ello disemina una nítida señal hacia los órganos internos del poder constituido. Así, el Ejecutivo y el Legislativo deberán tomarlos en consideración al diagramar y positivar legislativamente las políticas públicas en la materia, incorporando nuevos estándares internacionales de derechos humanos para perfilarlas; y el Poder Judicial, al interpretar y aplicar los preceptos de la Constitución y de la ley teniendo en cuenta las pautas de los documentos internacionales regionales y universales básicos, tales como —respectivamente— la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, o los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Lo anterior implica que toda interpretación de la normativa subconstitucional (leyes, decretos, etc.) no podrá prescindir válidamente de aquellos elementos ni soslayar la obligatoriedad de ser encauzada de conformidad con la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y, en el marco regional, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sin eludir la fuerza preceptiva de las

⁶⁶ Véase Antonio ROVIRA VIÑAS, «Introducción», *op. cit.* nota anterior, p. 50.

recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y de otros órganos internacionales de supervisión en la materia.

En dirección convergente, también debe computarse un conglomerado de pautas interpretativas hoy insoslayables. Por ejemplo, la vigorización de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*. El primero de ellos, según se ha explicado, constituye un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringidas cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria⁶⁷. Ya en función del segundo, se debe escoger la solución que más acabadamente abastezca la posibilidad de efectivizar el acceso a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, lo que también supone en la medida de lo posible empaparse de una visión aperturista en materia de legitimación procesal, descartando cualquier rigorismo o formalismo desmesurado o irrazonable.

Paralelamente, se refuerzan otras directivas hermenéuticas: el principio *pacta sunt servanda*, el de interpretación de buena fe (de cuya conjunción surge que los pactos internacionales deben ser cumplidos de buena fe) y las atinentes al objeto y el fin de los tratados; al tiempo de solidificar el principio que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales⁶⁸, premisa que, de no ser acatada, acarreará la responsabilidad internacional del Estado⁶⁹.

⁶⁷ Mónica PINTO, «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en Martín ABREGÚ y Christian COURTIS (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

⁶⁸ Cfr., según corresponda, arts. 26; 31, inc. 1º; 27 y ccdd. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980 (U.N. Doc A/CONF.39/27 —1969—, 1155 U.N.T.S. 331).

De hecho, ya en el párrafo tercero del introito o parte considerativa previa al articulado de dicha Convención se advierte expresamente que «los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos».

⁶⁹ Entre otros trabajos de Víctor BAZÁN, sobre el tema ver «La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina», *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 137-183.

Para un panorama de derecho comparado, *vid.* del mismo autor, por ejemplo «Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica», en Ricardo VELÁSQUEZ RAMÍREZ y Humberto BOBADILLA REYES (coords.), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*,

En otras palabras, se activa la exigencia de funcionalizar el principio de protección integral de la persona humana alimentado por la pauta que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico.

Para medir en un ángulo general de discusión la relevancia de la labor interpretativa a cargo de la magistratura jurisdiccional ordinaria y/o constitucional, no debe olvidarse que el aseguramiento de la primacía constitucional —en retroalimentación con las normas, principios y valores aportados por el derecho internacional de los derechos humanos— y la fuerza normativa de la Ley Fundamental, justamente dependen en buena medida de la tarea de hermenéutica constitucional, pues la interpretación constitucional «puede modificar, anular o vivificar la Constitución, o puede hacer que el sistema agonice o resplandezca»⁷⁰.

Es útil insistir en la importancia que recepta la interpretación conforme y desde la Constitución, lo que renueva los desafíos de la jurisdicción constitucional, que ya no puede obviar la utilidad que reporta una tarea hermenéutica dinámica desde que la Norma Básica es un instrumento dialéctico y vivo.

Al mismo tiempo, se ha incrementado el nivel de exigencia del estándar impuesto a los magistrados en la tarea de argumentación de sus sentencias, principalmente de aquellas con trascendencia constitucional. Es asimismo inocultable que, al demandárseles un mayor esfuerzo en la justificación racional de sus decisiones, se ven constreñidos a abandonar atavismos y a recurrir a herramientas interpretativas más sofisticadas, no por esnobismo constitucional sino para reforzar el calibre de las posiciones jurisdiccionales que, en casos complejos, generen precedentes imbuidos de ejemplaridad (para facilitar su acatamiento) en el marco del rol que los Tribunales o Cortes Constitucionales y las Cortes Supremas de Justicia ostentan como respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional.

Dejamos para el final de este subapartado traer a colación lo que la Corte IDH expusiera en el «Caso Almonacid Arellano»⁷¹, de 26 de septiembre de 2006, donde manifestó: «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 Con-

«VIIª Convención Latinoamericana de Derecho», Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007, Grijley, Lima, 2007, pp. 269-307.

⁷⁰ Jorge CARPIZO, Voz «Interpretación constitucional», *loc. cit.* en nota 15, p. 320.

⁷¹ Corte IDH, «Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile», sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N.º 154, párr. 124.

vención 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 mermadas 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» —énfasis agregado—.

Punto medular del razonamiento de la Corte IDH radica en colocar en cabeza de los poderes judiciales o Tribunales Constitucionales de los Estados la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la letra de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el máximo intérprete de aquél.

Claramente, ello implica la retroalimentación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad por tales órganos de justicia ordinaria y/o constitucional, lo que puede traducirse en la siguiente fórmula: no basta con verificar si las normas nacionales que se aplican están de acuerdo con la Constitución Política, sino que además corresponde corroborar que ellas se adecuen al Pacto de San José de Costa Rica y a la interpretación que de éste hace la Corte IDH⁷².

Dicho Tribunal no se ha detenido allí, sino que ha determinado que tal control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio. Así, en el «Caso Trabajadores Cesados del Congreso», puso de manifiesto 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...»⁷³.

La aplicación de oficio del control de convencionalidad, que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la juris-

⁷² Sobre el tema, ver Víctor BAZÁN, por ejemplo en «Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión», *La Ley*, T. 2009-E, Buenos Aires, pp. 1240-1256; y «Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria», *La Ley*, T. 2009-E, Buenos Aires, pp. 15-26.

⁷³ Corte IDH, «Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú», sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N.º 158, párr. 128.

prudencia internacional, entre otros argumentos, puede fundamentarse —utilizando *mutatis mutandi* la explicación 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 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 tal»⁷⁴.

Por último, la pauta de interpretación conforme a la CADH como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos no nos 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 que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interame-

⁷⁴ Luis JIMENA QUESADA, «La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (coordinador), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en Benedetto CONFORTI (*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).

ricana en este caso⁷⁵. Es indudable que así como la jurisprudencia constitucional 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»⁷⁶.

⁷⁵ 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 (art. 68.1, CADH)», por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

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 (ídem, consid. 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— (ídem, consid. 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» (ídem, consid. 15).

⁷⁶ Víctor ABRAMOVICH, «Introducción. Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino», en Víctor ABRAMOVICH, Alberto BOVINO y Christian COURTIS (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.

C) La sensible cuestión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado condenado

La línea de razonamiento precedente buscaba dejar en claro que el Estado (por todos los medios lícitos y legítimos a su alcance) debe evitar incurrir por acción u omisión en violaciones a los derechos humanos que pudieran desencadenar su responsabilidad internacional, tarea para la cual el rol de la justicia ordinaria y/o constitucional es primordial. Justamente a ello apunta el requisito de agotamiento de los recursos internos para acceder a las instancias internacionales⁷⁷, que —contrariamente a lo que a veces se piensa— ha sido concebido a favor del Estado para que pueda remediar localmente la cuestión. La cardinal 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 la nacional.

Pero si aún con tales prevenciones el Estado en cuestión es denunciado internacionalmente, por ejemplo ante la Comisión IDH, y en su caso condenado por la Corte IDH, debe acatar tal voluntad y cumplir de buena fe la sentencia. Ello entronca claramente con la obligación estatal de preservar el Estado de Derecho, la democracia, los derechos fundamentales y honrar las obligaciones internacionales asumidas en este campo.

Desde la acertada óptica que propone Ayala Corao, las sentencias de la Corte Interamericana son definitivas e inapelables, por lo que, una vez dictadas, devienen firmes y por tanto adquieren cosa juzgada material y formal, lo que a su turno les confiere carácter de sentencias ejecutorias a los fines de su obligatorio cumplimiento y ejecución por el Estado condenado (arts. 67 y 68.1 de la CADH)⁷⁸.

De su lado, es obvio que, más allá de cualquier declaración normativa en el instrumento convencional particularmente acerca de la obligatoriedad de las sentencias para los Estados (v.gr. el art. 68 de la CADH), es imprescindible la convergencia de verdadera voluntad política por parte de éstos en aras de no tornar ilusorios los pronunciamientos, ya que ello no haría más que erosionar los cimientos del edificio protectorio internacional y denotar una actitud censurable en un ámbito de alta sensibilidad como el de la tutela de derechos humanos esenciales.

García Ramírez recuerda que la Corte Interamericana ha manifestado ostentar la potestad de ejercer la supervisión del cumplimiento de sus re-

⁷⁷ Ver en esa línea, por ejemplo, el art. 46.1. 'a' de la CADH.

⁷⁸ Carlos M. AYALA CORAO, «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, Año 5, N.º 1, 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, p. 134.

soluciones, lo que se enmarca en el plexo de facultades inherentes a sus atribuciones jurisdiccionales, no pudiendo entonces desentenderse de la suerte que aquéllas corran⁷⁹. Por su parte, y como añade el citado autor, el carácter imperativo de dichas resoluciones y la sujeción del cumplimiento a la supervisión del Tribunal constituyen efectos del principio *pacta sunt servanda*⁸⁰.

Tales facultades supervisoras de la Corte se ejercen sobre sentencias que serán ejecutadas en el Estado condenado, por lo que lo ideal sería que en éstos existieran dispositivos legales que permitan agilizar dicha pretensión de cumplimiento compulsivo de las mismas, en orden a lograr su verdadera y completa efectividad. Algunos países cuentan con determinados preceptos en tal sentido, por ejemplo, y *mutatis mutandi*, lo que sucede en Costa Rica, con el «Convenio de sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», de 10 de septiembre de 1981, ratificado por Ley 6.889; Colombia, por medio de la Ley 288, de 5 de julio de 1996, y el Decreto 321, de 25 de febrero de 2000; Perú, en el art. 115 del Código Procesal Constitucional —aprobado por Ley 28.237, publicada el 31 de mayo de 2004— y la Ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002, además de los Decretos Supremos 014-2000-JUS, 015-2001-JUS y 005-2002-JUS; y Ecuador, que ha previsto constitucionalmente en los arts. 93 y 436, inc. 5°, la «acción por incumplimiento» articulable ante la Corte Constitucional⁸¹, para «garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible» y que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias⁸².

⁷⁹ Sergio García Ramírez, en la Presentación del libro de Ernesto REY CANTOR y Ángela Margarita REY ANAYA, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, UNAM e IIDH, Temis, Bogotá, 2005, p. XLIV.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. XLV.

⁸¹ La acción por incumplimiento ha sido reglamentada por los arts. 52 a 57 de la «Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional» (*Registro Oficial*, N.º 52, 22 de octubre de 2009, 2º Suplemento).

⁸² En sentido convergente resulta auspicioso que en el proyecto chileno de ley de «Acciones protectoras de derechos fundamentales», se contemple específicamente en su art. 127, párrafo 1º, que las «sentencias de la Corte internacional o supranacional en materia de derechos humanos a la que el Estado de Chile le haya reconocido jurisdicción contenciosa vinculante son de obligatorio cumplimiento por los órganos del Estado de Chile», además de pautar en los párrafos 2º y 3º de aquella cláusula las líneas básicas del procedimiento que debe cumplir la Corte Suprema de Justicia para la ejecución de semejantes resoluciones y de las sentencias de término de cualquier otro Tribunal o Corte internacional o supranacional en materia de derechos humanos a los que Chile les hubiera reconocido jurisdicción vinculante.

Consiguientemente, una cuestión vital para la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos estriba en la necesidad de que los países comprometidos conciban normativamente y articulen en la práctica mecanismos idóneos (asegurando su cabal operatividad) para respetar y cumplir las sentencias dictadas por los tribunales internacionales de derechos humanos.

En particular, como se ha puesto de manifiesto y con las matizaciones que *supra* expusieramos en torno al necesario diálogo jurisprudencial, el acatamiento de las sentencias de la Corte IDH forma parte de las reglas básicas del derecho internacional en todo Estado de Derecho y es requisito esencial para la garantía efectiva de la protección de la persona humana⁸³.

Lamentablemente, la región latinoamericana ha vivido en este punto algunos episodios desafortunados. Por ejemplo, el de Perú (anudado a la gestión del ex Presidente Fujimori⁸⁴) que pretendió retirarse de la competencia contenciosa de la Corte IDH (sin denunciar la CADH), actitud por suerte luego depuesta. Concretamente, en su momento se procedió al desconocimiento de determinadas sentencias emitidas por aquel Tribunal contra Perú; a la declaración, por organismos de justicia internos, de «inejecutabilidad» de dichos pronunciamientos (nos referimos a la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar, fechada el 11 de junio de 1999, en «Castillo Petruzzi y otros» y al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 1999, en «Loayza Tamayo»); a la «devolución» de las demandas notificadas por tal organismo de jurisdicción internacional; y al «retiro con efectos inmediatos» del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, aprobado mediante Resolución Legislativa 27.152 el 8 de julio de 1999. Como anticipábamos, tales hechos poco atinados fueron superados —complementaria y sucesivamente— por la restauración democrática del gobierno de transición de Valentín Paniagua y de quien lo sucediera, Alejandro Toledo⁸⁵.

En época más reciente se suma otro hecho poco feliz. Es que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha emitido la Sentencia N.º 1.139 (Expte. 08-1.572), el 18 de diciembre de 2008 (aunque divulgada recién durante la segunda semana de enero de 2009) en la

⁸³ Carlos M. AYALA CORAO, *op. cit.*, p. 133.

⁸⁴ Al respecto, *vid.* —por todos— LANDA, César, «Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» y FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte», ambos trabajos publicados en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año I, N.º 1, diciembre de 2000, Grijley, Lima, respectivamente, pp. 27-51 y 53-69.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, «El 'retorno' del Perú al sistema interamericano de Derechos Humanos», *Revista Peruana de Derecho Público*, Año I, N.º 2, enero-junio de 2001, Grijley, Lima, pp. 27-32.

que declara «inejecutable» el fallo de la Corte IDH de 5 de agosto de 2008⁸⁶, donde por una parte se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., condenando a Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces; y, por la otra, y con fundamento en el principio de colaboración de poderes (art. 136 de la Constitución) y de conformidad con lo dispuesto en el art. 78 de la CADH, «se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión»⁸⁷.

El decisorio examinado⁸⁸ pone en entredicho lo dispuesto por el artículo 23 constitucional, que establece que «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público». Pero además, neutraliza la previsión del art. 31, *ibíd.*, que en su párr. 1° especifica que «toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos», agregando en su 2° párr. que el Estado adoptará —conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley—, «las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo».

⁸⁶ Es preciso recordar que Venezuela es Estado Parte de la CADH desde el 9 de agosto de 1977 y, de acuerdo con el art. 62 de ésta, reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 24 de junio de 1981.

⁸⁷ El fallo, dictado por mayoría, lleva la firma favorable de los magistrados y magistradas Arcadio Delgado Rosales (quien fue el ponente), Luisa Estella Morales Lamuño, Francisco Antonio Carrasquero López, Jesús Eduardo Cabrera Romero y Marcos Tulio Dugarte Padrón.

Por su parte, la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, si bien coincidió con la mayoría en cuanto a la declaratoria de inejecutabilidad del fallo de la CIDH, plasmó una leve diferencia con aquella en relación con lo resuelto en torno a solicitar al Ejecutivo Nacional que proceda a denunciar la CADH, fundando su posición en pruritos competenciales. A su tiempo, el magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz salvó su voto con argumentos frontalmente discrepantes de la mayoría.

⁸⁸ Que, según surge del mismo, se basa en la resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú en el citado «Caso Castillo Petrucci y otros», para desconocer el fallo del 30 de mayo de 1999 de la Corte IDH.

La situación reviste gravedad institucional⁸⁹ y nos lleva a insistir en la importancia sustancial del papel que el sistema interamericano de protección de derechos humanos (con la Comisión y la Corte IDH a la cabeza) ha jugado en la restauración de nuestras lábiles y proteicas democracias latinoamericanas luego de aciagos golpes militares o de prolongados sistemas autocráticos, que de democráticos sólo tenían una borrosa apariencia. Dicho modelo tuitivo, cuya continuidad es crucial para los pueblos de América, requiere para subsistir de la prudencia y la solidaridad de los Estados que lo componen (a través de sus gobernantes) y no de actitudes que lleven a fragmentarlo hasta hacerlo agonizar, pues los derechos fundamentales, indisolublemente unidos a la democracia y al Estado de Derecho, no son un asunto menor, sino ni menos que la expresión directa de la dignidad de la persona.

8. LA VINCULACIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA EN EL ESTADO DE DERECHO

A) Democracia y libre debate de ideas

Una premisa jurídica y axiológica angular en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho consiste en internalizar la estrecha vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, teniendo siempre presente que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se cercenan tales libertades y el efectivo desarrollo del proceso democrático⁹⁰.

Aquéllas adquieren carácter preferente en la sociedad democrática, entre otros objetivos, para el despliegue y la protección de los derechos humanos y el control del poder público, lo que no supone indemnidad de la

⁸⁹ Debe recordarse que ya en la Sentencia N.º 1.942, de 15 de julio de 2003 —no muy bien recibida por la doctrina especializada—, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había delineado un criterio discutible en cuanto a la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, vehiculado una involución interpretativa en la materia al blandir un concepto de soberanía hace tiempo superado, y dejado de acatar las obligaciones emergentes de los tratados internacionales relativos a dicho campo temático al considerar que las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión IDH «no son obligatorias» y que las sentencias de la Corte IDH, «para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución», con lo cual, adjudicaba al juez nacional facultades de control y escrutinio de los pronunciamientos de dichos órganos protectorios interamericanos.

⁹⁰ En torno al tema, ver Víctor BAZÁN, «El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina», *Estudios Constitucionales*, Año 6, N.º 1, 2008, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 103-154.

prensa sino que le demanda a ésta un ejercicio ético y socialmente responsable.

De su lado, tampoco puede obviarse el distinto umbral de protección frente a la prensa de los particulares y de los funcionarios públicos o de personas que ejercen funciones de naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, partiendo de la base de que estos últimos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad.

Ciertamente, otro punto insoslayable consiste en operativizar la prohibición de censura previa o de cualquier interferencia o presión directa o indirecta que afecte a las mencionadas libertades, debiendo pugnarse por garantizar que las eventuales responsabilidades de la prensa sean siempre ulteriores.

Las libertades de expresión e información resultan imprescindibles para la efectiva existencia y vigencia de una sociedad democrática, y la configuración de una opinión pública saludable y pluralista.

Al respecto, es digno de destacar el Preámbulo de la Declaración de Chapultepec (adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994), que —entre otras consideraciones vertebrales— deja sentado que las libertades de expresión y de prensa por cualquier medio de comunicación son la manifestación más directa y vigorosa de la libertad y la democracia, manifestación sin la cual el ejercicio democrático no puede existir ni reproducirse.

En análoga dirección, el Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión⁹¹, elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión y aprobada por la Comisión IDH durante su 108º período ordinario de sesiones en octubre del 2000, subraya algunos parámetros y objetivos, señalando: que la consolidación y el desarrollo de la democracia dependen de la existencia de libertad de expresión; que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático; que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno, afianzando las instituciones democráticas; y que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información. Asimismo, y sin abandonar el tono meramente enunciativo de este elenco de apreciaciones referidas a la enorme trascendencia de las libertades de expresión e información para el sistema democrático y el Estado de Derecho, el Principio 1 de la Declaración dispone que

⁹¹ Dicha Declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del art. 13 de la CADH.

«la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática».

A su turno, la citada Carta Democrática Interamericana⁹² afirma —entre otros puntos— que «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»⁹³ (remarcado agregado).

Ya la Corte IDH ha puntualizado en numerosas oportunidades la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, afirmando que «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»⁹⁴.

Asimismo, ha reenviado a la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos⁹⁵, que se ha pronunciado sobre la importancia que la libertad de expresión reviste en la sociedad democrática, indicando que aquella «constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que

⁹² Ver *supra*, nota 31.

⁹³ Art. 4, párr. 1°.

⁹⁴ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva (OC) 5/85, de 13 de noviembre de 1985, «La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A: «Fallos y Opiniones», N.º 5, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, párr. 70; y, por ejemplo, «Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de julio de 2004, Serie C, N.º 107, párr. 112.

⁹⁵ Ver Corte IDH, «Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile», sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N.º 73, párr. 69; «Caso Ivcher Bronstein vs. Perú», sentencia sobre reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001, Serie C, N.º 74, párr. 152; «Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 113; y «Caso Ricardo Canese vs. Paraguay», sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N.º 111, párr. 83.

toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue»⁹⁶.

Ha dejado sentado también que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁹⁷ y el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁹⁸ se han pronunciado en la misma dirección.

Frente al panorama expuesto, la Corte IDH concluye que «existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad»⁹⁹.

⁹⁶ Vid. «Scharsach and News Verlagsgesellschaft vs. Austria», N.º 39394/98, § 29, ECHR 2003-XI; «Perna vs. Italy [GC]», N.º 48898/98, § 39, ECHR 2003-V; «Dichand and others vs. Austria», N.º 29271/95, § 37, ECHR 26 February 2002; Eur. Court H.R., «Case of Lehideux and Isorni vs. France», Judgment of 23 September, 1998, par. 55; Eur. Court H.R., «Case of Otto-Preminger-Institut vs. Austria», Judgment of 20 September, 1994, Series A, N.º 295-A, par. 49; Eur. Court H.R., «Case of Castells vs. Spain», Judgment of 23 April, 1992, Serie A, N.º 236, par. 42; Eur. Court H.R., «Case of Oberschlick vs. Austria», Judgment of 25 April, 1991, par. 57; Eur. Court H.R., «Case of Müller and Others vs. Switzerland», Judgment of 24 May, 1988, Series A, N.º 133, par. 33; Eur. Court H.R., «Case of Lingens vs. Austria», Judgment of 8 July, 1986, Series A, N.º 103, par. 41; Eur. Court H.R., «Case of Barthold vs. Germany», Judgment of 25 March, 1985, Series A, N.º 90, par. 58; Eur. Court H.R., «Case of The Sunday Times vs. United Kingdom», Judgment of 29 March, 1979, Series A, N.º 30, par. 65; y Eur. Court H.R., «Case of Handyside vs. United Kingdom», Judgment of 7 December, 1976, Series A, N.º 24, par. 49.

⁹⁷ Cfr. African Commission on Human and Peoples' Rights, «Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project vs. Nigeria», Communications N.ºs 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, par. 54 (cit. por la Corte IDH en el aludido «Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 114 y la referencia en la nota pertinente).

⁹⁸ Cfr. Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, «Aduayom y otros c. Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990)», dictamen de 12 de julio de 1996, párr. 7.4 (cit. por la Corte IDH en el nombrado «Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 114 y la referencia en la nota respectiva).

⁹⁹ Corte IDH, «Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica», citada sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 116.

- B) Una trilogía de asuntos especialmente significativos: la distribución de la publicidad oficial por el Estado, el derecho fundamental de acceso a la información pública y la recomendable derogación del delito de desacato

Para cerrar este subapartado, relevaremos brevemente una tríada de aspectos vinculados a la cuestión en estudio y que adquieren fundamental valor en el Estado de Derecho.

a) Por una parte, es crucial que exista un control serio para garantizar la transparencia y la razonabilidad en el manejo que el Estado hace de la distribución en los medios de comunicación de la pauta de publicidad oficial. Desde ese punto de vista si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. En otras palabras, el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero si decide hacerlo debe cumplir al menos los siguientes requisitos básicos¹⁰⁰: a) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios; y b) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión¹⁰¹.

¹⁰⁰ Algunas de tales pautas fueron especificadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en la causa «Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo», de 5 de septiembre de 2007 (*Fallos*, 330:3908).

En dicho decisorio, sin duda de gran magnitud institucional, realizó un valioso intento de preservar la libertad de expresión, reiterar su enorme trascendencia en una nación democrática y republicana y penetrar en el sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado. De hecho, el decisorio le valió al Alto Tribunal obtener el «Gran Premio Chapultepec», la máxima distinción internacional en materia de libertad de prensa, que entrega anualmente la Sociedad Interamericana de Prensa (S.I.P.).

El «Gran Premio Chapultepec» fue creado por la S.I.P. para reconocer los esfuerzos individuales o de entidades no necesariamente vinculados con los medios de prensa, por su contribución a la promoción, el desarrollo, la consolidación y la defensa de los principios de la libertad de prensa contenidos en la citada Declaración de Chapultepec.

¹⁰¹ Debe destacarse que el Poder Ejecutivo Nacional argentino dictó el Decreto 1.145/2009 (publicado el 1º de septiembre de 2009), del que se ha dicho que «desnaturaliza la finalidad de la publicidad oficial» y vulnera cualquiera de las opciones razonables «como criterio de distribución adecuado que haga a la transparencia» (Carlos A. SAFADI MÁRQUEZ, «La regulación de la publicidad oficial» —Conclusión—, *La Ley*, Buenos Aires, 20 de enero de 2010, p. 2).

Cabe recordar que el art. 1 de tal normativa dispone: «Facúltase a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros para que acuerde con los titulares de los medios de comunicación, la cancelación total de sus deudas fiscales y previsionales correspondientes a obligaciones vencidas al 31 de diciembre de 2008, incluidos sus intereses resarcitorios y punitivos, y por sanciones de multas por transgresiones a las disposiciones legales en materia de radiodifusión impuestas por el Comité Federal de Radiodifusión [Comfer], me-

b) Otro tema de singular trascendencia es el del derecho de acceso a la información pública, es decir, la facultad ciudadana de indagar o verificar los registros y datos públicos o que se encuentren en poder de los órganos estatales, lo que redundará en una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas¹⁰². Se trata de un derecho fundamental y los Estados están obligados a garantizar su ejercicio, el que sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previa y taxativamente por la ley¹⁰³.

No todos los países latinoamericanos poseen una ley de acceso a la información pública, siendo aconsejable que las mismas sean sancionadas allí donde no existan, aunque es igualmente recomendable que respete ciertos estándares mínimos y se acompañe de una verdadera voluntad polí-

dante la dación en pago de espacios publicitarios en la programación de las emisoras o en sus publicaciones». A su tiempo, el art. 4 prescribe: «La Secretaría de Medios de Comunicación aprobará el valor de los espacios publicitarios cedidos y arbitrará los mecanismos administrativos que permitan establecer las compensaciones de las daciones en pago con las deudas mencionadas en los Artículos 1º, 2º y 3º».

En torno a ambos preceptos, el citado autor ha expresado que el primero consagra «el trueque de deudas previsionales e impositivas como así también de la multas impuestas por el Comfer» y que el segundo «es un claro ejemplo de desviación del uso de la publicidad oficial, agravado por el uso discrecional que se le otorga a la Secretaría de Medios de Comunicación, la que unilateralmente aprueba el valor de los espacios, circunstancia que se ve coronada con la ausencia de regulación federal sobre publicidad oficial» (ídem).

De su lado, se dictó la Ley 26.522 (publicada el 10 de octubre de 2009), que regula «los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación».

El art. 76 de tal ley, bajo el rótulo de «Avisos oficiales y de interés público», dispone en sus dos últimos párrafos:

«La autoridad de aplicación dispondrá, previa consulta al Consejo Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, los topes de publicidad oficial que podrán recibir los servicios de carácter privado comercial o sin fines de lucro atendiendo las condiciones socioeconómicas, demográficas y de mercado de las diferentes localizaciones.

«Para la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión».

Al respecto, Safadi Márquez puntualiza que «la norma tiene tal vaguedad en su redacción que seguirá permitiendo los abusos en la distribución de la publicidad oficial, por otro lado la ley en cuestión regula los servicios de comunicación audiovisual, no alcanza a la prensa gráfica u otros medios, por lo cual igualmente está huérfana de regulación gran parte de la publicidad oficial que va destinada a los medios gráficos, a los sitios web y a la publicidad en la vía pública, por lo que no es en esta norma donde se debe regular la publicidad oficial sino que debe ser en una ley autónoma» (*ibíd.*, p. 3).

¹⁰² Ver sobre este punto la aludida Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Preámbulo, quinto párrafo).

¹⁰³ *Ibíd.*, Principio 4.

tica en punto a su cabal cumplimiento, pues de lo contrario sólo entrañará una muestra gatopardista¹⁰⁴: cambiar todo para que todo continúe igual. Colateralmente, nunca está de más recordar en torno a éste como a otros temas de importancia, que el Estado debe cumplir las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en la CADH y de adoptar disposiciones de derecho interno, imposiciones contenidas en los arts. 1.1 y 2 de dicho instrumento internacional.

Debe recordarse que la propia Corte IDH ha determinado sin ambages en el «Caso Claude Reyes»¹⁰⁵, que el art. 13 de la Convención, «al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto...».

En resumen, sin lugar a dudas el derecho de acceso a la información pública acerca de las actividades de las autoridades públicas en el desarrollo de sus específicas funciones, así como lo relativo a los documentos y datos de relevancia pública que ésta posee, constituye también un imperativo elemental del Estado de Derecho.

c) Otro aspecto sustancial sobre el que conviene enfatizar es el de la conveniencia de derogar las leyes de desacato, porque —tal como lo han recomendado reiteradamente la Comisión IDH y su Relatoría para la Libertad de Expresión— aquellas normas contravienen los principios democráticos, otorgando un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos, restringiendo así el debate público y disuadiendo las críticas.

Brevemente, cabe recordar que el delito de desacato consiste en la sanción penal de las ofensas a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

¹⁰⁴ En la famosa novela *El Gatopardo* consta un diálogo entre Tancredi y su tío Fabrizio Salina, donde aquél, al comentarle que se había sumado al complot contra el rey de Italia pidiendo la república, le dice: «Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie» (Giuseppe Tomasi di LAMPEDUSA, *El Gatopardo*, Longseller, trad. de Dalia G. Sonatore de Acero, Buenos Aires, 2001). A partir de allí ha surgido en ciencias políticas la expresión «gatopardismo», para referirse a la actitud de quienes íntimamente contrarios al cambio, paradójicamente lo promueven para que en realidad nada cambie; o, lo que es lo mismo, a quienes ceden o modifican una parte de las estructuras para mantener el todo sin que verdaderamente nada se modifique o altere.

¹⁰⁵ Corte IDH, «Caso Claude Reyes y otros vs. Chile», sentencia de fondo, reparaciones y costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N.º 151, párr. 77.

Haciendo un poco de historia, vale traer a colación que el 5 de mayo de 1992 la Comisión IDH recibió una denuncia contra la República Argentina formulada por el periodista Horacio Verbitsky. Éste fue condenado por el delito de desacato (art. 244 del Código Penal), supuestamente por injuriar al doctor Augusto César Belluscio, entonces ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al haberse referido a éste como «asqueroso» en un artículo que el periodista publicó el 6 de marzo de 1988 en el diario «Página 12», titulado «Cicatrices de dos Guerras». Finalmente, se arribó a una solución amistosa, cuyos puntos centrales fueron: que el Estado argentino derogara el art. 244 del Código Penal, esto es, el delito de desacato (lo que se concretó por medio de la Ley 24.198, publicada el 3 de junio de 1993) y que la Comisión se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad con la CADH de la figura penal de desacato¹⁰⁶.

En función del último punto señalado, en 1995 la Comisión IDH emitió un informe en el que señaló que las leyes que establecen el delito de desacato son incompatibles con el art. 13 de la CADH, pues entendió que no son acordes con el criterio de necesidad; que los fines que persiguen no son legítimos y que ese tipo de normas se prestan para abuso como un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares, y reprimen el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas¹⁰⁷.

Concordantemente, la nombrada Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión determina en su Principio 11 que: «Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información».

Reiteradamente, la Relatoría para la Libertad de Expresión se ha mostrado preocupada por la utilización de los llamados «delitos contra el honor», con los mismos fines del desacato, o sea, «para acallar la crítica». Entiende que ello se hace evidente en un uso difundido de estas figuras, en muchos países del hemisferio, por parte de funcionarios públicos, con lo que el impacto favorable que pudiera tener la derogación del delito de desacato podría verse reducido por la existencia de una legislación sobre delitos contra el honor que no esté acorde con las garantías mínimas necesarias para que no se dé un efecto intimidatorio que restrinja el libre debate de ideas, así como por una interpretación jurisprudencial restrictiva.

En línea convergente, en fecha relativamente reciente (2 de mayo de

¹⁰⁶ Informe N.º 22/94, Caso 11.012, Argentina, solución amistosa, de 20 de septiembre de 1994.

¹⁰⁷ Comisión IDH, «Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 Rev. (1995), 17 de febrero de 1995.

2008) la Corte IDH ha resuelto un caso contra el Estado argentino¹⁰⁸, en el que éste reconoció «la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión», lo que importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el art. 2 de la CADH (cfr. párrs. 18 y 66 de la sentencia). Ello llevó al Tribunal Interamericano a concluir que la tipificación penal correspondiente —dada la deficiente regulación penal de la materia (como vimos, admitida por el Estado)— contraviene los arts. 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2, *ibíd.* (párr. 67 del pronunciamiento)¹⁰⁹.

En síntesis, y antes de dar paso a las apreciaciones de cierre de este trabajo, vale recalcar la trascendencia de abrogar el desacato¹¹⁰, pero además, en aquellos ordenamientos jurídicos que ya lo hubieran derogado, les correspondería hacer lo propio con otros tipos penales que, soterradamente, pudieran producir un efecto intimidatorio que coarte el libre flujo de ideas y silencie el debate democrático sobre la gestión pública, minando la libertad de expresión y socavando los cimientos del Estado de Derecho.

9. REFLEXIONES FINALES

Con una combinación de deseo y esperanza en dosis similares¹¹¹ y a modo de visión de conjunto en torno al tema central sobre el que gira este estudio, ofrecemos las siguientes consideraciones que se añaden a otras conclusiones intercaladas en el nudo del mismo:

¹⁰⁸ Corte IDH, «Caso Kimel vs. Argentina», sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N.º 177.

¹⁰⁹ Como consecuencia de tal fallo de la Corte IDH, el Estado argentino dictó la Ley 26.551, publicada el 27 de noviembre de 2009, modificatoria del Código Penal de la Nación, en búsqueda de adaptar el derecho interno a los estándares internacionales en materia de injurias y calumnias.

¹¹⁰ Varios han sido los Estados adscriptos al sistema interamericano que han abrogado tales leyes, pero también ha resultado importante la labor de sus respectivas jurisdicciones constitucionales al declarar inconstitucionales dichas previsiones penales sobre desacato, produciendo en ocasiones efectos inductores en los órganos parlamentarios para plasmar las adecuaciones normativas pertinentes.

Entre los aportes jurisprudenciales, y por citar sólo algunos ejemplos, puede apreciarse que en fecha 19 de mayo de 2005, en el marco de un pedido de inconstitucionalidad del Fiscal General de la República, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras declaró la inconstitucionalidad de tal delito, que preveía pena de reclusión de 2 a 4 años. Por su parte, el 1 de febrero de 2006, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala hizo lo propio con el delito en cuestión, regulado en los arts. 411, 412 y 413 del Código Penal, que prefiguraban penas de prisión entre 6 meses y 3 años.

¹¹¹ La frase se inspira en la expresión con que Tomás MORO concluye su obra *Utopía*: «lo mío es más deseo que esperanza» («I may rather wish for than hope after»).

A) Aproximarse hoy a ese fenómeno complejo y dinámico que representa el Estado de Derecho, implica partir, como hipótesis de mínima, de algunos elementos esenciales configurativos de su superficie de soporte: una Constitución Política que sea respetada y cumplida; una democracia genuina, es decir, real y no meramente declamada; la efectiva protección de los derechos fundamentales; y una auténtica separación y distribución de poderes, en la que éstos y los restantes órganos extrapoderes actúen sujetos al Derecho (no a cualquier Derecho, sino al Derecho justo¹¹²), contándose en ese cuadro funcional con una justicia constitucional activa, independiente y prudente.

Compendiando tales postulados básicos, la fórmula de combinación podría sintetizarse así: juridicidad democrática y constitucional; control; responsabilidad, y tutela y efectivización de los derechos humanos.

B) En el modelo de Estado contemporáneo, que puede denominarse Estado Constitucional de Derecho, ha variado el concepto y la magnitud de la Constitución, pasando ella a impregnar y gobernar el ordenamiento jurídico. Ocupa, así, un lugar central en el escenario jurídico, ostenta supremacía (junto a los instrumentos internacionales fundamentales en materia de derechos humanos), posee fuerza normativa y vincula a las autoridades y a los particulares.

La vigorización de la justicia constitucional como instrumento de defensa y realización de la Constitución es un correlato de la visualización de ésta como una norma, consecuentemente dotada de fuerza jurídica y poblada —entre otros componentes— de valores y principios. Dicho de otro modo, ha dejado de ser percibida como un mero plan, proyecto o programa políticos, para convertirse en realidad operativa directamente eficaz.

C) La democracia está indisolublemente unida al Estado de Derecho. En el marco de éste, ella debe mantener su compromiso con la libertad y la igualdad, brindando los medios jurídicos para evitar o en su caso remediar constreñimientos autoritarios o disfuncionalidades discriminatorias.

En este sentido, el Estado de Derecho, que es un Estado de derechos, no sólo debe satisfacer la igualdad formal (ante la ley) sino además le cabe abastecer la igualdad sustancial o material, generando por medio de medidas de acción positiva que involucren a todos los Poderes del Estado una atmósfera en la que imperen las condiciones suficientes para el desarrollo de la igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato.

¹¹² *Mutatis mutandi*, se ha dicho que «no todo derecho válido (ciencia jurídica) vale para lo mismo (sociología jurídica), ni vale lo mismo (ética y filosofía jurídica). También las dictaduras pueden convertir en normas sus negaciones de la libertad, su despotismo, aunque por lo general se reservan mayores márgenes no sólo de legal discrecionalidad sino también de ilegal arbitrariedad» (Elías DÍAZ, «Estado de derecho y legitimidad democrática», obra colectiva cit. en nota 3, p. 70).

Es que la democracia es un sistema de inclusiones y no de exclusiones, y hacia ese carácter inclusivo debe orientarse la actividad estatal.

D) Es preciso educar en y desde los principios y valores constitucionales; forjar almas, mentes y cuerpos en la cultura democrática. Ésta es una herramienta vital y la mejor «arma» para ejercer los derechos y garantías y precaverse de discursos de candidatos a cargos electivos o gobernantes que pueden «sonar» democráticos y consustanciados con el Estado de Derecho y el respeto por los derechos fundamentales, pero que sólo enmascaran una elocuencia carente de contenido axiológico; o un edulcorado mensaje en el que subyace una matriz autoritaria o despótica, o sea, paradójicamente, antidemocrática.

No puede ocultarse que el registro discursivo vacío y no complementado con conductas consistentes, esto es, agotado en meras declamaciones sin asidero en el plano de los hechos, termina trivializando y devaluando lo sustancial. En el particular, la aptitud legitimadora que tiene la expresión «Estado de Derecho» es frecuentemente manipulada y falseada por autoridades afectas a la oquedad de la grandilocuencia, para encubrir intenciones y luego actitudes antagónicas a lo que se pregona¹¹³.

La educación cívica es también valiosa para afianzar el Estado de Derecho y como adiestramiento preventivo de la ciudadanía contra tendencias autoritarias de ruptura de la institucionalidad, sobre todo en nuestras aún no definitivamente estabilizadas democracias latinoamericanas, muchas de las cuales se han visto interrumpidas por atroces golpes de Estado¹¹⁴ o dilatadas dictaduras personalistas con fachadas pseudodemocráticas, y testimoniado episodios de espeluznante violencia, terrorismo de Estado, violaciones sistemáticas y flagrantes de derechos humanos, como innúmeras desapariciones forzadas de personas y otros crímenes de lesa humanidad.

E) Entre diversos cometidos del Estado de Derecho de base democrática y constitucional, son dignos de mencionar ejemplificativamente la obligación de garantizar el valor seguridad jurídica, es decir, márgenes

¹¹³ Con claridad se ha puntualizado al respecto: «La capacidad legitimadora que tienen conceptos como el de democracia, constitucionalismo, igualdad, imperio de la ley o Estado de Derecho es con frecuencia manipulada por gobiernos y gobernantes cuya actuación más bien se cifra en la conculcación de todos ellos, antes que en su respeto. Es importante, por ello, aportar elementos analíticos que sirvan para desarmar la retórica que, buscando legitimación por vía de los puros discursos, termina haciendo naufragar cualquier idea que pudiera servir para alcanzar mejores condiciones de vida en nuestras frágiles democracias» (Miguel CARBONELL, Wistano OROZCO y Rodolfo VÁZQUEZ, «Presentación», obra colectiva cit. en nota 3, p. 7).

¹¹⁴ De hecho, algunas Constituciones de la región pretenden galvanizarse preventivamente contra tales episodios de ruptura institucional, construyendo murallas normativas para la defensa del orden constitucional. Por ejemplo, la Constitución argentina (según el texto reformado en 1994) contiene una norma expresa sobre el particular: su art. 36.

sostenibles de predictibilidad y previsibilidad jurídicas y una perdurable regularidad institucional; la prohibición de la arbitrariedad, o sea, el imperio de la razonabilidad; y la importante misión de propender al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, tomando como base el valor solidaridad.

Otra misión de singular magnitud en el Estado de Derecho (y que se erige en uno de los numerosos desafíos para su preservación y despliegue vivencial) consiste en potenciar la participación popular, que no se debe agotar en la concurrencia a votar en las elecciones periódicas, sino que —entre numerosas alternativas— puede canalizarse tomando parte de los partidos políticos (que cumplen un rol sustancial en la democracia representativa), las organizaciones no gubernamentales y otras asociaciones intermedias, además de involucrarse en mecanismos de democracia semi-directa, como la iniciativa popular legislativa o la revocatoria popular de los mandatos.

Como acertadamente ha dicho Díaz, «cuanto mayor y mejor en cantidad y calidad —cuanto más amplia, ilustrada y consciente— sea dicha participación, por lo pronto (deliberación, diálogo, consenso, mayorías) mayor legitimación y mejor legitimidad tendrán democracia y Estado de Derecho en las decisiones»; de lo que extrae aquello que denomina «íntima y profunda conexión» entre la democracia deliberativa y la participativa¹¹⁵.

F) Estado de Derecho y responsabilidad son conceptos correlativos, lo que supone una genuina división de poderes y funciones, para procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos; y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente.

En este punto es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles —ejercicio de simplificación mediante— a una suerte de «*accountability*», término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la «rendición de cuentas». No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que sólo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados; entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar el control social o ciudadano de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la

¹¹⁵ Elías DÍAZ, «Estado de derecho y legitimidad democrática», obra colectiva cit. en nota 3, p. 72.

transparencia, mitigar arraigadas prácticas corruptas y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas.

Además de los entes (externos o internos) de contralor económico-financiero, es importante el rol que pueda cumplir el Defensor del Pueblo, *Ombudsman* o institución equivalente, como instancia de garantía para la eficacia de los derechos humanos y órgano receptor de la denuncia ciudadana e investigador del accionar público. En el fondo, desarrolla tales labores como magistratura de persuasión pues emite recomendaciones no vinculantes, aunque puede incidir en la opinión pública a través de los medios de comunicación. Su aporte será positivo, claro está, en la medida en que sea una entidad independiente, goce de autonomía de funcionamiento y cuente con legitimación procesal.

G) En un Estado de Derecho de raíz democrática no es suficiente la legitimidad de origen de los representantes, es decir, que éstos accedan a sus cargos cumpliendo los requisitos constitucionales y legales; sino que es imprescindible además que desarrollen sus mandatos imbuidos de legitimidad de ejercicio, que conmina a dar cuenta y razón de sus conductas públicas sometiénolas al escrutinio de la ciudadanía. Es que si bien indudablemente la democracia es fuente de legitimación del poder, funciona también como guía del rumbo que debe tomar el ejercicio de tal poder para preservar la estabilidad institucional.

H) El poder no es (o no debería ser) un simple y mecánico hecho de dominación ni un fin en sí mismo. No por manidos son menos importantes ciertos postulados como la real posibilidad de alternancia en el acceso al poder y la periodicidad de los mandatos, garantías ciudadanas, ambas, a las que nada aportan los intentos por implantar normativamente las «re-elecciones indefinidas».

Una auténtica división de poderes exige, así, un Poder Legislativo en cuyo ámbito se delibere cabalmente en torno a las cuestiones de trascendencia pública contenidas en las proposiciones legislativas, se represente genuinamente al electorado, y las minorías sean respetadas por las mayorías, pues la atmósfera que debe reinar en tal sede parlamentaria es, en términos kelsenianos, la del «principio de la mayoría» y no del «dominio de la mayoría»¹¹⁶, además de que el órgano legisferante nunca debería resignarse a la genuflexión o la deferencia claudicante hacia el Presidente o la Presidenta de turno; un Poder Ejecutivo que no se hipertrofie fagocitando a los restantes Poderes y agudizando aún más la disfuncional y nociva figura conocida en diversas latitudes de Latinoamérica: el «hiperpresidencialismo»; y una judicatura ordinaria y/o constitucional, que sea activa, im-

¹¹⁶ Hans Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wilhelm Braumüller, Viena y Leipzig, 1925; en castellano: *El problema del parlamentarismo*, Debate, trad. de J. Ruiz Moreno, Madrid, 1988.

parcial e independiente de injerencias político-partidistas, y asuma el crucial rol que adquiere en el Estado Constitucional de Derecho como instancia de control y último reducto de protección de los derechos humanos en el plano interno.

La falta de independencia o de imparcialidad de los jueces conduce a la paradoja de que quienes deben ser los garantes de la efectividad de los derechos, aportan a la causa de la violación de los mismos.

Además, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional debería conducirse movido y convencido de la utilidad del diálogo institucional constructivo y no desde la insularidad o el confinamiento a la hora de tomar decisiones de relevancia pública y proyección social. Al efecto, cuenta con herramientas suficientes para tender útiles líneas de contacto con la ciudadanía y también con el Congreso, el Poder Ejecutivo y otros órganos constitucionales. Así entonces, será preciso que actúe impregnado de un activismo prudente, que al tiempo de asegurar el cumplimiento de su misión esencial, mantenga indemne la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

Ni más ni menos que pugnar por afianzar, en la medida de lo posible, una «dialéctica institucional correcta»¹¹⁷ y engrosar la textura de su legitimación social.

I) Aquella delicada misión que la magistratura judicial ordinaria y/o constitucional afronta para resguardar y efectivizar los derechos fundamentales deberá ser desplegada conociendo y asumiendo la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales (instrumentos internacionales sobre derechos humanos, costumbres internacionales consolidadas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas), las que habrán de emplearse como guía en la compleja tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental.

No hacerlo así podría provocar que el Estado incurra en responsabilidad internacional, pues por ejemplo respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de respeto a los derechos humanos como un deber de garantía de éstos.

En la creciente vinculación del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos en el Estado de Derecho actual, es imposible soslayar el hecho de que los órganos locales de justicia ordinaria y/o constitucional, al aplicar las normas internas, están obligados a desplegar el test de convencionalidad, o sea, a cotejarlas con la CADH y con la interpretación que de ella ha desarrollado la Corte IDH. Entre otras significativas connotaciones, tal cuestión refleja la retroalimentación del con-

¹¹⁷ La frase entrecomillada corresponde a Michele TARUFFO, «Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 22, abril de 2005, ITAM, Fontamara, México, D.F., p. 17.

trol de constitucionalidad y el control de convencionalidad, espacio interactivo en el que a los magistrados no les alcanza con verificar si las normas nacionales son acordes con la Constitución Política, sino que adicionalmente les concierne corroborar que ellas se adecuen a dicha Convención vital en el sistema interamericano.

Asimismo, el Estado deberá adaptar su Derecho a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y evitar por todos los medios legales y legítimos a su alcance, incurrir por acción u omisión en violaciones a aquéllos, que pudieran desencadenar una denuncia en su contra en sede internacional. Pero si no fuera posible satisfacer semejante desiderátum, e hipotéticamente resultara denunciado ante la Comisión IDH, lo ideal sería intentar una solución amistosa o, en su caso, acatar los informes y recomendaciones de tal órgano de supervisión. Finalmente, si nada de ello fuera factible y la cuestión se elevara a la Corte IDH resultando el Estado finalmente condenado por ésta, se encontraría compelido a acatar tal voluntad y cumplir la sentencia porque ésta le es obligatoria.

Es oportuno advertir que el no pocas veces contingente voluntarismo político de los Estados para graduar según sus conveniencias y avatares del momento el nivel de permeabilidad hacia las decisiones de los órganos protectores internacionales de derechos humanos, no es precisamente la solución modélica que exigen el necesario respeto por la dignidad de la persona humana y la obligatoriedad de honrar los compromisos asumidos externamente en tan sensible terreno, pautas que están recorridas transversalmente por el principio internacional fundamental de buena fe.

Y para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la soberanía estatal absoluta, pues además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado y ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de tal Tribunal Interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *stoppel* se encargaría de desvirtuar radicalmente aquella argumentación¹¹⁸.

J) Lo ideal en un Estado de Derecho es que los derechos sean en serio¹¹⁹ y no en serie. En otras palabras, el problema no circula por la ruta

¹¹⁸ Para ampliar sobre distintos aspectos de la cuestión ver el libro de Víctor BAZÁN, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003.

¹¹⁹ Para el juego de palabras, que en realidad poco tiene de lúdico cuando se refiere a violaciones de derechos fundamentales, nos servimos del título de la obra de Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1ª ed., Ariel, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1984 (*Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977).

de su consagración normativa en la letra de Constituciones, tratados internacionales o leyes, sino que estriba en la brecha que separa dichas articulaciones o construcciones normológicas de la realidad cotidiana, que con más frecuencia de la deseada testimonia reiterados incumplimientos en el ámbito de los derechos fundamentales.

Es que el respeto y la efectividad de éstos son elementos imprescindibles para conformar la base de legitimidad del Estado de Derecho. Así, en el cumplimiento de sus funciones las autoridades pertinentes no pueden obviar una directriz axiológicamente relevante: los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, pues entre ellos existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera media separación antinómica.

Aprehender tal premisa sería un buen comienzo para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos «defectos congénitos» que obstan a calificarlos como verdaderos «derechos» o a adjudicarles algún «valor jurídico», 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 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 dentro de una dimensión razonable de progresividad, que se complementa con la prohibición de regresividad.

K) Nada se descubre al recordar que en el Estado de Derecho existe íntima vinculación entre las libertades de expresión y la democracia, pues aquélla asume sustancial importancia para la configuración y la saludable vigencia de una opinión pública abierta, tolerante y pluralista, debiendo evitarse o combatirse cualquier tipo de censura previa o de interferencia o presión directa o indirecta que pudiera dañarla.

En materia de libertad de expresión, y en nómina no exhaustiva, una trilogía de cuestiones asoma y se corporiza en forma de desafío para la consolidación del Estado de Derecho: a) evitar que el Estado manipule la distribución en los medios de comunicación de la pauta de publicidad oficial, utilizándola abusivamente como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión; b) garantizar el ejercicio efectivo del derecho fundamental de acceso a la información pública, es decir, la facultad ciudadana de indagar o verificar los registros y datos públicos o que se encuentren en poder de los órganos estatales, para transparentar los actos de gobierno, coadyuvar a un más acabado control de la «cosa pública» y consolidar la

institucionalidad democrática; y c) procurar la derogación de la figura penal del desacato y de aquellas otras que, indirectamente, pudieran producir un efecto intimidatorio que restrinja arbitrariamente la libre circulación de ideas e impida el debate democrático sobre la gestión pública.

L) A manera de remate de estas líneas y si en un ejercicio imaginario debiéramos elegir una fórmula que sintetice en breves palabras su contenido, quizá elegiríamos decir que el genuino Estado de Derecho es una zona de convergencia e interacción no declamada sino real entre el Derecho, la Constitución, la democracia y la efectiva protección de los derechos fundamentales.